

כיבוש, סיפוח וחוק ההסדרה

מאת

עמיחי כהן* ויובל שני**

תקציר

בחוק להסדרת ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון ביקשו המחוקקים להסדיר יישובים ישראליים ביהודה ושומרון. חקיקתו של החוק מהווה המשך למהלך עקבי וארוך שנים של "סיפוח זוחל" שבמהלכו הקו הירוק המפריד בין ישראל לבין השטחים הולך ונמוג בכל הקשור להתנחלויות ולאזורים שנתרו בשליטתו המלאה של צה"ל. בניגוד לרושם הראשוני, פסילתו של החוק על ידי בית המשפט העליון אינה בולמת את מהלך הסיפוח הזוחל. פסילת החוק על ידי בית המשפט העליון מבוססת על פגיעה בזכויות המוגנות בחוקי היסוד, ובייחוד על הפגיעה שמצא בית המשפט בעקרון השוויון בין הישראלים לפלסטינים. במילים אחרות: השימוש בעקרון השוויון כטעם לפסילת חוק ההסדרה מבוסס על התבונה שהמציאות הפיזית והמשפטית של הסיפוח הזוחל אינה מצדיקה עוד את ההתבססות על דיני הכיבוש, אלא מחייבת את בית המשפט לבחון את החקיקה ביחס לשטחים בכלים הלכותיים מן המשפט הישראלי. המאמר מנתח את השינוי בפסיקת בית המשפט העליון מהסתמכות על דיני הכיבוש להסתמכות על דיני זכויות האדם, ובייחוד על עקרון השוויון. המאמר גם מנתח את השלכותיו של שינוי זה, ובוחרן בביקורתיות את היתרונות והחסרונות של המהלך המשפטי שנקט בית המשפט העליון.

מבוא

- א. עלייתה ונפילתה של פרדיגמת הכיבוש
- ב. הבעייתיות בהחלת פרדיגמת הכיבוש בבית המשפט
 1. בית המשפט העליון ופרדיגמת הכיבוש
 2. שינוי הפרדיגמה בבית המשפט
- ג. הפנייה אל דיני זכויות האדם כתחליף לפרדיגמת הכיבוש
 1. הפנייה אל משטר זכויות האדם
 2. יתרונות וחסרונות השימוש בזכויות האדם

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. עמית בכיר, המכון הישראלי לדמוקרטיה.

** מופקד הקתדרה למשפט בינלאומי פומבי על שם הרש לאוטרפכט בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים. עמית בכיר, המכון הישראלי לדמוקרטיה. אנו מבקשים להודות לקורא החיצוני ולחברי מערכת עיוני משפט על הערות לגרסה קודמת של מאמר זה.

3. ההכרה בחוסר השוויון בין האוכלוסיות: פסק הדין בעניין זיאדה
- ד. משמעותו של פסק הדין בעניין חוק ההסדרה
 1. חוק ההסדרה ועקרון השוויון
 2. הגנה "עבה" על עקרון השוויון
 3. ביקורות אפשריות על פסק הדין בעניין חוק ההסדרה
 - (א) זניחת ההגנות הקשיחות של הכיבוש
 - (ב) ההתרחקות מהשיח המקובל במשפט הבינלאומי

סיכום

מבוא

פסק הדין של בית המשפט העליון אשר פסל את חוק ההסדרה (להלן – בג"ץ חוק ההסדרה או עניין סלואד)¹ זכה, כמובן, לתשומת לב ציבורית ניכרת, אך נדמה כי במידה מסוימת "נבלע" פסק הדין במשברים האחרים שפקדו את מדינת ישראל סביב מועד פרסומו (קיץ 2020): המשבר הפוליטי המתמשך אשר ליווה את ישראל החל מהבחירות של חודש מרץ 2019, ומגפת הקורונה. לדעתנו, פסק הדין בבג"ץ חוק ההסדרה ראוי לדיון מעמיק יותר מזה שהתנהל עד כה לגביו בישראל (ומחוצה לה). זהו פסק דין המשקף שינוי יסודי ביחסים שבין מדינת ישראל לבין האזורים שבשליטתה ממזרח לקו הירוק – השטחים: סיפוח משפטי דה פקטו של חלק מהשטחים למדינת ישראל. יתר על כן, פסק הדין הינו בעל חשיבות רבה בשל אופן התייחסותו להשלכות הנובעות מהמציאות שהוא משקף: הבאה בחשבון בניתוח המשפטי של פערי הכוחות המובנים בין שתי האוכלוסיות הדרות זו לצד זו בחלק מהשטחים – המתנחלים אזרחי ישראל, והפלסטינים שאינם אזרחים ישראליים. ניתוח זה של המצב על ידי בית המשפט מביא אותו להשתמש בכלים משפטיים חדשניים שנועדו לספק הגנה אפקטיבית לתושבים הפלסטיניים באזור, בעיקר שימוש בעקרון השוויון החוקתי.

ההחלה של דיני זכויות האדם על ידי בית המשפט העליון ביחס לשטחים נבחנה כבר בשורה של מאמרים קודמים, בין השאר שלנו.² באופן ספציפי, כתיבתו של אייל

¹ בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (נבו 09.06.2020) (להלן: "בג"ץ חוק ההסדרה").

² ראו למשל: Yuval Shany and Orna Ben-Naftali, *Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories*, 37 ISR. L. REV. 17 (2003-4); עמיחי כהן "בית המשפט העליון והעימות הישראלי-ערבי: מבט מן המשפט הבינלאומי" קריית המשפט ו 263 (2006) (להלן: כהן "בית המשפט והעימות"); יעל רונן "תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

גרום עסקה בניתוח הבעייתיות של החלת דיני זכויות האדם בשטחים בשל אי השוויון המובנה בין המתנחלים הישראליים לתושבים הפלסטיניים.³ מאמר זה מוסיף לספרות הקיימת בשני מובנים חשובים. ראשית, הוא מנתח את ההחלה של דיני זכויות האדם כחלק מתהליך פוליטי של סיפוח וזחל של חלק מהשטחים למדינת ישראל. שנית, ועל רקע פסק הדין בבג"ץ חוק ההסדרה, מאמר זה מנתח את ההשלכות של השימוש שעשה בג"ץ בעקרון השוויון ביחס לתושבים הפלסטיניים בצורה נרחבת יותר מהניתוחים שנעשו עד כה בספרות, הן במובן התאורטי והן במובן הפרקטי. בייחוד, המאמר מדגיש את האצת המעבר המתבצע, במקביל למעבר הפוליטי, משימוש במשטר הכיבוש של המשפט הבינלאומי אל משטר זכויות האדם המבוסס על המשפט הישראלי.

המעבר להסתמכות מקיפה יותר על דיני זכויות האדם השאובים מן המשפט הישראלי, ובייחוד על עקרון השוויון, טומן בחובו דילמה מהותית. הסתמכות יתרה על המשפט הישראלי, אפילו אם היא פועלת במקרה קונקרטי כזה או אחר לטובת העותר הפלסטיני, משמעה הכרה בפועל בסיפוח הישראלי הזחל של חלק מהשטחים למדינת ישראל. במאמר זה איננו מביעים עמדה לגבי דילמה מהותית זו, לחיוב או לשלילה.⁴ עמדתנו היא שמעבר כזה מתבצע הלכה למעשה, אם לא התבצע כבר. אנו מנתחים את דרכה של הפסיקה ואת הסיבות לה, ובמסגרת זו גם מנתחים את היתרונות הפרקטיים היכולים לנבוע ממנה לעותרים קונקרטיים.

חלקו הראשון של מאמר זה מתאר בקצרה את ההיסטוריה של החלת דיני הכיבוש בשטחים שתפסה ישראל ב-1967. חלקו השני של המאמר דן במאמציו של בית המשפט העליון להתאים את פרדיגמת הכיבוש למציאות המשתנה בשטח ולתפקיד שדיני זכויות האדם ממלאים בהקשר זה. החלק השלישי מתמקד במשמעות פסק הדין בבג"ץ חוק ההסדרה והשלכותיו הפרדיגמטיות על הדין החל בשטחים. אנו טוענים שם כי להתחזקות המגמה בפסיקתו של בית המשפט העליון בנוגע לשטחים של הסתמכות על דיני זכויות האדם השאובים מהמשפט החוקתי עשויה להיות משמעות דרמטית, שכן טמונה בה דרישה משתמעת לבחינה מחדש של המסגרת הפוליטית הבלתי שוויונית שפרדיגמת הכיבוש אפשרה. החלק הרביעי מסכם.

בגדה המערבית" **שערי משפט** ז 149 (2014); ליאב אורגד "חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי היסוד" **משפט וממשל** יב 145 (2010).

³ Aeyal M. Gross, *Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation?* 18 EJIL 1, 18 (2007). (להלן: Gross, *Human Proportions*).

⁴ לתיאור הדילמה מנקודת מבטו של עורך דין העוסק בזכויות אדם ראו את ספרו המעמיק ומעורר המחשבה של מיכאל ספרד **החומה והשער: ישראל, פלסטין והמאבק המשפטי לזכויות אדם** (2018).

א. עלייתה ונפילתה של פרדיגמת הכיבוש

ביוני 1967, במהלך מלחמת ששת הימים, השתלטה ישראל על שטחים נרחבים שהיו עד אז בשליטת מדינות ערב.⁵ השליטה בהם, ובמיוחד בתושביהם, מעסיקה את מערכת קבלת ההחלטות הישראלית עד עצם היום הזה. כיבושם (או "שחרורם") של חלקי ארץ ישראל ההיסטורית⁶ עוררו רגשות לאומיים ודתיים עזים בקרב חלק ניכר של הציבור היהודי בישראל.⁷ בד בבד, צה"ל מצא עצמו לפתע אחראי לרווחתם של כמיליון בני אדם, שאיש מתוכם לא היה קודם לכן אזרח ישראלי.⁸

ההצעה כי נוסחת "שטחים תמורת שלום" – הנוסחה שאומצה על ידי מועצת הביטחון של האו"ם בהחלטה 242 כבסיס להסדר שלום אזורי⁹ – תופעל בצורה גורפת

ראו: NEVE GORDON, ISRAEL'S OCCUPATION xxi (2008); Meir Shamgar, *Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government – the Initial Stage, in MILITARY GOVERNMENT IN THE TERRITORIES ADMINISTERED BY ISRAEL 1967–1980: The Legal Aspects*, 13–16 (Meir Shamgar ed., 1982).

עצם כינויו של השטח שישראל השתלטה עליו במלחמת ששת הימים, כמו גם ההגדרה של צורת השליטה בהם, שנויים במחלוקת פוליטית עזה. מוסדות בינלאומיים וארגוני זכויות אדם בינלאומיים מכנים אותם Occupied Palestinian Territories. משרד החוץ הישראלי וכמה ארגונים משתמשים בביטוי "השטחים השנויים במחלוקת" או Disputed Territories, או "השטחים המוחזקים". בצה"ל, המשמש בפועל כריבון בשטח, משתמשים בביטוי "האזור" או "אזור יהודה ושומרון" (איו"ש) ומחילים לגביו את דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי. גופי ימין בדרך כלל משתמשים בביטוי "יהודה ושומרון" ורוחים את העמדה שלפיה השטח כבוש. אנו נשתמש במאמר זה בביטוי "השטחים", המקובל בשיח הציבורי בישראל.

למשל, ראו: עקיבא אלדר ועדית זרטל **ארוני הארץ: המתנחלים ומדינת ישראל 1967–2004** (2004) 284–283.

בחודשים אוגוסט וספטמבר 1967 ערך צה"ל מפקד אוכלוסין בגדה המערבית וברצועת עזה, ולפי תוצאותיו אוכלוסיית השטחים נאמדה בכ-954,898 נפש. פלסטינים שלא נכחו בשטחים בתקופה זו לא נרשמו במפקד האוכלוסין. עם אלה נמנו קרוב ל-390 אלף פליטים פלסטינים, כ-50 אלף מהם מרצועת עזה, שחלקם ברחו מהשטחים במהלך המלחמה וחלקם גורשו ממנה בידי ישראל. כמו כן נעדרו מהמפקד פלסטינים ששהו באותה תקופה בחו"ל לצורכי לימודים או עבודה או מכל סיבה אחרת. ראו בצלם **רצועת עזה – תושבים חסרי מעמד** 21.07.2013.

https://www.btselem.org/hebrew/gaza_strip/stateless

S.C. Res. 242 (Nov. 22, 1967)

לגבי השטחים, נדחתה זמן קצר לאחר המלחמה על ידי ישראל ומדינות ערב.¹⁰ נציגיה הרשמיים של ישראל טענו כי יש לישראל תביעת ריבונות טובה לגבי השטחים או לפחות חלקים שלהם, ואינטרס ביטחוני מובהק שלא לחזור ל"גבולות 67".¹¹ מנגד, נשללה גם האפשרות שהשטחים יסופחו לישראל. פעולה כזאת, הבינו רבים בישראל, תחייב מתן זכויות אזרח לתושבים הערביים של השטחים (שאותם סירבה ישראל בתוקף לכנות בשלב זה "פלסטינים") – צעד שאיים להפוך את ישראל ממדינה יהודית למדינה דו-לאומית. סיפוח כזה היה גם מעלה טענות על אודות הפרה של החוק הבינלאומי (כפי שהשתקף, בין היתר, במבוא להחלטה 242) ומכניס את ישראל למסלול התנגשות עם מדינות רבות בעולם. הפתרון שישראל מצאה למתח בין הרצון שלא לוותר על השטחים לבין הקושי לספח אותם היה יצירת עממות מובנית לגבי מעמדם. הנוסחה שנבחרה הייתה להצהיר שישראל אינה "כובשת" את השטחים אלא "מחזיקה" בהם בתפיסה לוחמתית (Belligerent Occupation) או "מנהלת" אותם כ- Administered Territories.¹² אף על פי שמסגור זה של מעמד השטחים מעולם לא אושר באופן רשמי על ידי הממשלה, הוא הפך להיות שגור למדי בשיח בישראל.¹³

¹⁰ ראובן פדהצור ז"ל "הסכם אוסלו לא נכשל – החזרה לאופציה הפלסטינית" 20 שנה להסכמי אוסלו 39, 40 (2014) www.il.boell.org/sites/default/files/20_shnh_lvslv_svpvy.pdf; The Khartoum Resolutions (1 Sept. 1967) <https://mfa.gov.il/mfa/foreignpolicy/peace/guide/pages/the%20khartoum%20resolutions.aspx>

¹¹ לפירוט לגבי תביעת הריבונות הישראלית ראו למשל Abraham Bell and Eugene Kontorovich, *Palestine, Uti Possidetis Juris, and the Borders of Israel*, 58 ARIZ. L. REV. 633 (2016) (תביעת הריבונות הישראלית לגבי יהודה ושומרון מבוססת על כללים מסורתיים של קביעת גבולות וירושת מדינות במשפט הבינלאומי). ראו גם *Interview with Abba Eban*, Der Spiegel, 26.1.1969: "הצהרנו באופן גלוי כי המפה לעולם לא תחזור להיראות כפי שנראתה ב-4 ביוני 1967. עבורנו זה עניין של ביטחון ושל עקרונות. מפת יוני היא עבורנו שם נרדף לחוסר ביטחון וסכנה. לא אגזים אם אומר שהיא מעלה זיכרונות של אושוויץ עבורנו" (תרגום שלנו – ע"כ וי"ש); <https://www.spiegel.de/politik/die-sackgasse-ist-arabisch-a-f7cf470e-0002-0001-0000-000045861331>

¹² המונח "שטחים מוחזקים" או "מנוהלים" נועד להבהיר כי ישראל אינה מכירה בטענה כי השטח מוגדר כ"כבוש" על פי המשפט הבינלאומי, ואינה מוותרת על טענת הריבונות שלה. ראו *Shamgar, Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 13–16.

¹³ לשימוש בביטוי בפסיקה בתקופות שונות ראו בג"ץ 337/71 אלמקדסה נ' שר הביטחון, פ"ד (1) 574 (1972); בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד (מז) 1

העמדה הישראלית שלשטחים שנתפסו ב-1967 יש מעמד מיוחד (Sui Generis) לא שכנעה אף גוף בינלאומי שבחן את הסוגיה. כל המוסדות הבינלאומיים שעסקו במצב בשטחים (לרבות בית הדין הבינלאומי,¹⁴ מועצת הביטחון של האו"ם,¹⁵ העצרת הכללית¹⁶ ועוד), וכמעט כל המשפטנים הבינלאומיים, סבורים כי מעמדה של ישראל בשטחים הוא של "מעצמה כובשת" לפי דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי, וכי בסופו של דבר שטחי הגדה והרצועה מיועדים למימוש זכות ההגדרה העצמית של העם הפלסטיני (בכפוף לתיקוני גבול מוסכמים בין ישראל לפלסטינים).

גם עמדתה של ישראל עברה "מיתון" מסוים במרוצת השנים. כאמור, ישראל הקפידה שלא להסכים לטענה העקרונית כי מעמדה ביחס לשטחים הוא של מדינה כובשת. עם זאת, כפשרה פוליטית יותר מאשר כעמדה משפטית, הסכימה ישראל לקבל על עצמה לפעול לפי דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי כפי שהם מופיעים בתקנות האג בדבר דיני המלחמה.¹⁷ ישראל אף הסכימה להחיל על עצמה את "החלקים ההומניטריים" של אמנת ג'נבה הרביעית, העוסקים גם הם בדיני הכיבוש.¹⁸ במהלך נוסף הסכימו נציגי המדינה אף שלא לחלוק על סמכותו של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ לדון בעתירות של תושבי השטחים.¹⁹ צעדים אלו, אשר בהמשך המאמר נכנה אותם "פרדיגמת הכיבוש", סייעו לישראל להתחמק מהדיון העקרוני במעמד השטחים,

267 (1993); ע"א 1432/03 ינון יצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן, פ"ד נט(1) 345 (2004); בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד סב(3) 264 (2007).

14 ראו בחוות הדעת בעניין גדר ההפרדה: *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, 2004 I.C.J 136, ¶ 117–121 (9 July, 2004) (להלן: *חוות הדעת בעניין הגדר*).

15 החלטות מועצת הביטחון; S.C. Res. 446 (March 22, 1979); S.C. Res. 242 (Nov. 22, 1967); S.C. Res. 1435 (Sept. 24, 2002).

16 את פירוט ההחלטות של העצרת הכללית של האו"ם המתייחסות ליהודה ושומרון כאל שטח כבוש ראו: יש דין חסר תקדים – ניתוח משפטי של דו"ח הוועדה לבחינת מצב הבניה ביהודה ושומרון ("ועדת לוי") 99 (ינואר 2014) http://files.yesh-din.org/userfiles/file/Reports-Hebrew/Yesh%20Din%20-%20Chasar%20Takdim%20Hebrew%20-%20WEB-16_6.pdf.

17 Regulation Respecting the Laws and Customs of War on Land, Being Annex to the convention on Laws and Customs of War on Land (Hague, IV), Oct. 18, 1907, 1 U.S.T. 631 (להלן: "תקנות האג").

18 Meir Shamgar, *The Observance of the International Law in the Administered Territories*, in 1 ISR. YEARBOOK OF HUMAN RIGHTS 262 (1971).

19 בג"ץ 302/72 אבו חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169 (1973).

ובמידה מסוימת, בעיקר בעקבות הכפפתם לביקורת בג"ץ, אף יצרו לגיטימציה מסוימת לשליטת ישראל בהם.²⁰

מוסדות השלטון בישראל ביקשו לשמור על עמימות אף ביחס לתביעותיהם המשפטיות העתידיות לגבי השטח מסיבות שונות ומגוונות. היו בישראל כוחות פוליטיים שביקשו להשתמש בחלקים של השטחים לפשרה טריטוריאלית עם מדינות ערב, או עם הפלסטינים. היו גם שביקשו לספח את מלוא יהודה ושומרון, או לפחות את חלקם, למדינת ישראל מטעמים אידאולוגיים או גאו-פוליטיים אך סברו שהצהרה מוקדמת מדי על כוונה זו תגרור, באופן בלתי נחוץ, ביקורת בינלאומית עזה.²¹ לאלו גם לאלו היה נוח שלא לקבוע בצורה ברורה את מעמדו של השטח. כך הצליחה המערכת הפוליטית לשדר כלפי חוץ ופנים נכונות להגיע לפשרה, להימנע מעימותים חזיתיים עם בעלות בריתה של ישראל בעולם, ולאפשר את ההתנחלות של אזרחים ישראליים בשטחים, ביישובים שהוגדרו פורמלית כארעיים באופיים, בשל מאפייניה הזמניים של פרדיגמת הכיבוש.²² חשוב להדגיש כי ההחלטת פרדיגמת הכיבוש היה עוד יתרון: הדבר אפשר למדינת ישראל לדחות את הדיון המטריד בדבר הזכויות המגיעות למיליוני הפלסטינים שגרים בשטחים. ישראל לא הייתה מוכנה לשקול ברצינות אזרח שלהם, וברוב השנים גם לא הייתה מוכנה לדון בהקמת מדינה פלסטינית עצמאית בשטחים. בנסיבות אלה, פרדיגמת הכיבוש, שבמסגרתה אין חובה להעניק לתושבי השטח הכבוש אזרחות או זכות בחירה למוסדות המדינה הכובשת, אפשרה את המצב האנומלי של שליטה ממושכת בעם אחר, בלא הכרה בזכויות הפרטניות והקבוצתיות של בני אותו עם, אך גם בלי לשלול את האפשרות שזכויות כאלה תוכרנה בעתיד.

לבית המשפט היה תפקיד חשוב בשמירת הפרדיגמה העמומה הזו, שכן ההסכמות הדיוניות שבבסיסה היו מקור מרכזי ללגיטימציה של ההסדר המשפטי המיוחד שהוחל

DAVID KRETZMER AND YA'EL RONEN, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES 510 (2nd ed., 2021)

20

ראו ישעיהו פולמן **סיפורה של גדר הפרדה – האמנם הפקרת חיים** 20–55 (2004); עמיחי כהן "דין עמונה כדין תל אביב? התפרקותה של פרדיגמת הכיבוש בשטחים: בעקבות בג"ץ 9949/08 מאמד נ' שר הביטחון והחוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2017" **"המשפט ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה** 61 6 (2017) (להלן: כהן "דין עמונה"); Kretzmer and Ronen, לעיל ה"ש 20, בעמ' 24; Orna Ben-Naftali, Aeyal Gross & Keren Michaeli, *Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory*, 23 BERKELEY J. INT'L L. 551, 609–611 (2005).

21

בהגדרה הכיבוש הוא מצב זמני, ולפיכך התוצאות הנובעות ממנו צריכות, להלכה, להיות זמניות או לכל הפחות הפיכות. ראו למשל בג"ץ 606 /78 **אויב נ' שר הביטחון**, פ"ד לג(2) 113 (1979).

22

בשטחים. יתר על כן, ניתן להניח כי קיימת זיקה בין נכונות הקהילה הבינלאומית, כמו גם נכונותה של דעת הקהל בישראל, לקבל, ולו בצורה זמנית, את ההסדר המשפטי שאפשר שליטה ממושכת של ישראלית בשטחים ואת הפגיעה הנמשכת בזכויות הפלסטינים שנבעה ממנו, לבין יצירת מנגנון ביקורת שיפוטי המבטיח כי חלקים מסוימים מדיני הכיבוש, וההגנות הנתונות בהם לאזרחים המצויים תחת שלטון כיבוש, יישמרו.²³ לבית המשפט היה אפוא תפקיד כפול ביחס לשליטה הישראלית בשטחים: וידוא זכויות בסיסיות של התושבים הפלסטיניים נשמרות תחת השלטון הישראלי, ומתן לגיטימציה להמשך השלטון הזה.²⁴

אלא שכבר זמן רב ההסדר הפוליטי והמשפטי שנוצר לאחר 1967 מצוי תחת לחצים כבדים. כמעט חצי מיליון מתנחלים אזרחי ישראל גרים בשטחים (וזאת מבלי למנות את תושביה הישראליים של מזרח ירושלים). אזרחים ישראליים אלו מסרבים לקבל את מעמדם כתושבים זמניים בשטח שאינו חלק ממדינת ישראל. בד בבד, חלקים ניכרים מהמערכת הפוליטית בישראל חדלו לראות בהחלה, גם אם חלקית בהיקפה, של דיני הכיבוש מהלך המשרת את מטרותיהם, וחוגים נרחבים במערכת הפוליטית הישראלית, במיוחד בימין, חותרים תחת המבנה פוליטי-משפטי הקיים ותובעים את החלת הריבונות הישראלית על כל או על חלק משטחי יהודה ושומרון.²⁵ אף הפלסטינים עושים מאמצים ניכרים לתקוף את המבנה המשפטי של הכיבוש, כאשר הם מבקשים הכרה בינלאומית במעמדם כמדינה עצמאית. גם חלוף הזמן מאז 1967 מאתגר את פרדיגמת הכיבוש שנוצרה על מנת להסדיר בעיקר כיבושים קצרי מועד, והכללים המשפטיים שהיא מבקשת להחיל בשטח וההנחות העובדתיות שבבסיסם נדמים יותר ויותר מנותקים מהמציאות השוררת בשטחים. למעשה, דיני הכיבוש אינם מתאימים לא רק לאורך התקופה שבה ישראל שולטת בשטחים, אלא גם לאופי הקבע של ההתיישבות הישראלית בהם, שאינו מתיישב עם רעיון הזמניות המצוי בבסיס הדינים. הפער בין המציאות שנוצרה בשטחים לבין הנורמות שבבסיס דיני הכיבוש רחב עד כדי כך שחוקרים מסוימים כינו כבר לפני יותר מעשר שנים את המשטר הישראלי בשטחים כ"כיבוש בלתי חוקי", וזאת מכיוון שהוא אינו תואם את הנחות המוצא הנורמטיביות של דיני הכיבוש.²⁶

²³ עמיחי כהן וסטיוארט כהן יוריים ושופטים – ביטחון ומשפט בישראל 105–118 (2014); Amichai Cohen, *Guardians and Guards: The Israeli Supreme Court's Political Role in Matters of National Security*, in CIVIL – MILITARY RELATIONS IN ISRAEL 166, 171–193 (E. Rosman-Stollman et al. eds., 2014).

²⁴ DAVID YAHAV ET AL., ISRAEL, THE "INTIFADA" ; 3 בעמ' 20, לעיל ה"ש 20, Kretzmer and Ronen .AND THE RULE OF LAW 17–18 (Israel Ministry of Defense Publications, 1993)

²⁵ Amichai Cohen, *Israel's Control of the Territories – An Emerging Legal Paradigm*, 21(3) .PALESTINE ISR. J. 102 (2016)

²⁶ Ben-Naftali, Gross & Michaeli, לעיל ה"ש 21.

בפועל, מזה שנים רבות מתקיים בשטחים תהליך כפול: חיזוק החיבור של ישראל אל חלק מהשטחים, וניתוק שלה מחלק אחר מהם. בחלקו האחד של התהליך, ישראל הופכת חלקים נכבדים מיהודה ושומרון לחלק ממדינת ישראל. אומנם, מבחינה פורמלית, גוש עציון, אריאל ויישובי מערב השומרון נחשבים למצויים תחת שלטון צבאי, אך בהתנהלות היומיומית קשה מאוד למצוא הבדלים בין החיים ביישובים האלה לבין החיים במדינת ישראל שממערב לקו הירוק. כך בהתנהלות היום-יומית, וכך גם מבחינה חוקית, כאשר בעשורים האחרונים מתבצע תהליך נרחב של "תרגום" החוק הישראלי על ידי המפקד הצבאי והחלתו בשטחי ההתנחלויות, ואליו מתלווה תחולה פרסונלית של חלקים משמעותיים של הדין הישראלי על אזרחים ישראליים ועל פקידי ממשל המפעילים סמכות שלטונית בשטחים, כמו גם הקמת מוסדות שלטוניים ישראליים בשטחי איו"ש והפעלתם, לרבות בתי משפט ושלוחות של משרדי ממשלה.²⁷ אנו מכנים להלן תהליך זה בשם "סיפוח זוחל" או "סיפוח דה פקטו", שכן מחד גיסא אין בו קביעה משפטית פורמלית על אודות סיפוח השטח, אך מאידך גיסא הוא מבטא תהליך של הטמעה של ההתנחלויות והשטחים סביבם אל תוך מדינת ישראל והאחדת הדינים החלים בישראל ובשטחי ההתנחלויות.²⁸

²⁷ לימור יהודה ואחרים **שלטון אחד, שתי מערכות חוק: משטר הדינים של ישראל בגדה המערבית** (2014) (להלן: **יהודה שלטון אחד**); יש לציין כי התהליך התגבר מאוד בשנים האחרונות, אך למעשה הוא זוהה על ידי חוקרים עוד בסוף שנות השמונים. אמנון רובינשטיין "מעמדם המשטחה של ה'שטחים' – מפקדון מוחזק לייצור כלאיים משפטי" **עיוני משפט** יא 236, 256 (1987); EYAL BENVENISTI, *LEGAL DUALISM: THE ABSORPTION OF THE OCCUPIED TERRITORIES INTO ISRAEL* (1989).

²⁸ השימוש שלנו במונח "הסיפוח דה פקטו" אינו מכוון למשמעות המדויקת שלו במשפט הבינלאומי, משמעות השנויה במחלוקת. הסוגיה עולה בדרך כלל במסגרת דיון בחוקיותו של הכיבוש, דיון שאיננו עורכים במאמר זה. על כל פנים, נראה כי משמעותו המדויקת של המונח אינה מוגדרת דיה, ראו: Omar M. Dajani, *Israel's Creeping Annexation*, 111 AM. J. INT'L L. : UNBOUND 51, 52 (2017–2018). **בחוות הדעת בעניין הגדר, לעיל בה"ש 14**, בפס' 122 עשה בית הדין הבינלאומי שימוש ברעיון הסיפוח דה פקטו על מנת לתאר את המציאות שיצר המכשול שהקימה ישראל בשטחים: "The Court considers that the construction of the wall and its associated régime create a 'fait accompli' on the ground that could well become permanent, in which case, and notwithstanding the formal characterization of the wall by Israel, it would be tantamount to de facto annexation" מבחן זה כונה בספרות "מבחן התוצאות" (effects-based test). ראו Joshua Kleinfeld, *Skeptical Internationalism: A study of Whether International Law is Law*, 78 FORD. L. REV. 2451, 2474–2475 (2010).

בחלקו האחר של התהליך, השטחים שרוב התושבים הפלסטיניים גרים בהם אינם מצויים עוד תחת שליטה ישראלית ישירה. חלקם הועבר במסגרת הסכמי אוסלו לשליטת הרשות הפלסטינית (ביהודה ושומרון) ובחלקם האחר שולט לאחר ההתנתקות הישראלית מהם החמאס (בעזה). התוצאה היא שישראל אינה מנהלת את חיי היום יום של רוב התושבים הפלסטיניים המתגוררים בשטחים שנתפסו ב-1967. בשטחי A למשל, הכוללים את רוב הערים הפלסטיניות ביהודה ושומרון, אין לישראל כל נגיעה לחיי היום יום של הפלסטינים, והשליטה המופעלת על ידי ישראל מוגבלת למעשה למעצר חשודים בטרור, ולהטלת מגבלות על התנועה החופשית בכניסה לאזורים אלו וביציאה מהם. בניגוד, אם כן, לעיקרון הבסיסי העומד בבסיס פרדיגמת הכיבוש, ישראל אינה רואה עצמה עוד כאחראית לקיום החיים והסדר הציבורי ביחס לחלק הארי של התושבים הפלסטיניים בשטחים.²⁹ לעומת זאת, בשטחי מזרח ירושלים בהם ישראל מחויבת עקרונית לנהל את חיי היום יום של התושבים הפלסטיניים — היא עושה זאת בהתבסס על חוק הישראלי שהוחל ב-1967 על שטחים אלו.

שילוב של שני התהליכים הללו – סיפוח זוחל ביחס לחלק מהשטח מחד גיסא, והתנתקות הדרגתית ביחס לחלק אחר של השטח מאידך גיסא – מכונה על ידינו "שקיעתה של פרדיגמת הכיבוש" שכן פרדיגמה זו, המבוססת על רעיונות של שליטה צבאית זמנית על בסיס דיני התפיסה הלוחמתית, אינה מייצגת עוד למעשה את המציאות הקיימת בשטח. הפער שנוצר בין הפרדיגמה המשפטית המסורתית הממשיכה לחול מבחינה פורמלית, לפחות בחלקים מסוימים של יהודה ושומרון, לבין המסגרות הפוליטיות והמנהליות החלות שם בפועל, מציבות אתגר קשה במיוחד בפני בית המשפט בבואו להחיל את הדין על המצב בשטחים: עליו לאכוף דין המחייב מבחינה פורמלית, אך כזה שאינו תואם עוד את מציאות החיים בשטח, לרבות את האופן שבו ממשלת ישראל מבינה ומבנה את המציאות.

²⁹ סעיף 43 לתקנות האג, לעיל ה"ש 17, קובע כי: "בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, יקוט הלה בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין". בנוגע לסעיף זה כתב איל בנבנישתי: "This concise statement is the gist of the traditional law of occupation". EYAL BENVENISTI, THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION 68 (2nd. ed. 2012).

ב. הבעייתיות בהחלת פרדיגמת הכיבוש בבית המשפט

1. בית המשפט העליון ופרדיגמת הכיבוש

מספר הפעמים שבהם פסל בית המשפט מדיניות ישראלית שיושמה בשטחים היה קטן ביותר, ומקרים אלו נבעו בעיקר מן ההחלה של חובות פרוצדורליות על המפקד הצבאי.³⁰ למעשה, יש הסבורים כי בחלק גדול מפסקי הדין הללו הכשיר בית המשפט בפועל הפרות רבות של דיני הכיבוש.³¹ אשר על כן, היו מי שטענו שההשפעה המרכזית של בית המשפט על הלגיטימציה של משטר הכיבוש הייתה באמצעות יצירת מצג שווא של ביקורת שיפוטית אפקטיבית, מצג אשר התבסס על מספר קטן מאוד של פסקי דין שביקרו את עמדת הממשלה.³² לפי קו טיעון זה, ניתן לטעון כי גם במקומות שבהם פסל בית המשפט מדיניות של ממשלת ישראל, לדוגמה בנוגע להפקעת קרקעות פרטיות לשם בניית התנחלויות,³³ תרם הדבר דווקא להגיטימציה של הקמת התנחלויות "חוקיות" על "קרקעות מדינה", וזאת אף על פי שרוב מכריע של המומחים למשפט בינלאומי בעולם המשיך לראות בהקמת כל ההתנחלויות צעד בלתי חוקי. יש לציין בהקשר זה כי המונח "קרקעות מדינה" התפרש על ידי ישראל בהרחבה רבה, ונכללה בו למעשה למעלה ממחצית השטח ביהודה ושומרון.³⁴

בניגוד לכך, יש הסבורים כי לבית המשפט העליון היה דווקא תפקיד חשוב בפיקוח על אמצעי השליטה שבהם נקטה ישראל. תרומתו העיקרית של בית המשפט למיתון ההשלכות הקשות ביותר של הממשל הצבאי שהוחל בשטחים לא הייתה דווקא בתוצאות שאליהן הגיע בפסיקותיו, אלא סביב עצם אפשרות העתירה נגד פעולות שלטוניות בשטחים לבית המשפט הישראלי. היכולת לעתור הביאה להתפתחות של

בית המשפט העליון אילץ את צה"ל להקים ועדות ערר שונות שבהן תשמענה טענות העותרים.³⁰ לדוגמה, בג"ץ 253/88 סג"דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 821 (1988); בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529 (1989); בג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הבטחון, פ"ד לה(3) 113 (1980).

³¹ Kretzmer and Ronen, לעיל ה"ש 20, בעמ' 489, נכתב כי: "In its decisions relating to the Occupied Territories, the Court has rationalized virtually all controversial actions of the Israeli authorities, including those that are incompatible with international law" Ronen Shamir, *Landmark Cases and the*; 3 בעמ' 3, Kretzmer and Ronen, לעיל ה"ש 20, בעמ' 3, *Reproduction of Legitimacy*, 24(3) LAW & SOC'Y REV. 781, 781-805 (1990); L. Shelef, *The Green Line is the Border of Judicial Activism: Queries about the Supreme Court Judgments in the Territories*, 17 TEL AVIV U. L. REV. 757 (1993).

³² בג"ץ 390/79 דויקא נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979).

³³ כהן וכהן, לעיל ה"ש 23.

ארגוני זכויות אדם הממקדים את פעילותם בעתירות לבית המשפט בשם תושבים פלסטיניים או בשם האינטרס הציבורי בשמירה על החוק, וכן בהליכי "קדם בג"ץ" שבהם בחנו משפטני המדינה את הפעולות הצבאיות עוד לפני הגשת העתירה, ולעיתים קרובות נענו לחלק מהבקשות של התושבים.³⁵ כך היה בית המשפט ו"צילו של בית המשפט"³⁶ לא רק לגורם המעניק לגיטימציה למשטר שישראל החילה בשטחים, אלא גם למעין "מתווך" בין המשטר הצבאי לבין התושבים הפלסטיניים המושפעים ממנו.³⁷ גם לגבי תפקיד זה של בית המשפט נטען כי היה בו כדי להביא להארכת הכיבוש. יצירת מנגנון משפטי לשחרור הלחצים שהצטברו בשנים הארוכות של שליטה ישראלית בשטחים, אשר כלל פתרון מעשי לחלק ניכר מהבעיות הקונקרטיות שצצו, אפשר לחלקים רחבים בקרב הציבור הישראלי, כמו גם לחלקים מהקהילה הבינלאומית, לראות במצב ההומניטרי השורר בשטחים לאורך זמן כה רב מצב "נסבל" שאין דחיפות מיוחדת לשנותו.³⁸

2. שינוי הפרדיגמה בבית המשפט

השינוי במציאות בשטחים הביא גם לשינוי בתפקידו של בית המשפט ביחס אליהם. ניתן להגדיר את השינוי המבני בסוגיות המשפטיות הבאות לפתחו של בית המשפט באופן הבא: דיני הכיבוש עוסקים בעיקר באיזון בין האינטרסים הצבאיים של המדינה הכובשת לבין זכויות התושבים המוגנים המתגוררים בשטח הכבוש. הנחת העבודה של הדיון באינטרסים המתחרים היא כי המדינה הכובשת אוחזת בשטח באופן זמני, כי האינטרס שלה הוא שמירה מקסימלית על ביטחונה וביטחון חייליה, וכי יש לה עניין בניצול משאבי השטח אך ורק בטווח הזמן המידי, לצורכי צבא הכיבוש. לעומת זאת, בעיית היסוד במצב שנוצר בשטחים היא מתח ארוך שנים בין שתי אוכלוסיות המתחרות על שליטה קבועה בו – מצד אחד המתנחלים, שהם אזרחי ישראל וזוכים לסיוע והגנה מן המדינה, ומן הצד האחר הפלסטינים, קבוצה שיש לה כח פוליטי מועט אל מול השלטונות הישראליים. באופן לא מפתיע, ניצול המשאבים הקיימים בשטח על ידי ישראל, בעיקר משאבי הקרקע, נוטה להיטיב עם האינטרסים של האזרחים הישראליים על חשבון הפלסטינים.

³⁵ יואב דותן "קדם בג"ץ ודילמות חוקתיות" **משפט וממשל** ז 159, 188–189; Yoav Dotan, *Judicial Rhetoric, Government Lawyers and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice During the Intifada*, 33 L. & SOC'Y REV. 319 (1999).

³⁶ Kretzmer and Ronen, לעיל ה"ש 20, בעמ' 4.

³⁷ דוד זכריה **קולו הוזן של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור** (2012).

³⁸ מיכאל ספרד, לעיל ה"ש 4; Ronen Shamir, *Landmark Cases and the Reproduction of Legitimacy: The case of Israel's High Court of Justice*, 24 L. & SOC. REV. 781 (1990).

בנסיבות אלו, ההחלה של דיני הכיבוש על ידי בית המשפט העליון הופכת להיות בעייתית ביותר. הניסיון של בית המשפט העליון למצוא איזון בין זכויות הפלסטינים, זכויות המתנחלים וחובתו של המפקד הצבאי לשמור על הסדר והביטחון בשטחים לאור דיני הכיבוש נדון למעשה מראש לכישלון, שכן הכלים המשפטיים העומדים לרשות בית המשפט העליון אינם מתאימים לסיטואציה בשטח ולציפיות של ממשלות ישראל השונות מבית המשפט. התוצאה הייתה פרשנות דינמית של הדין שנתנה תוקף למציאות שנוצרה בפועל בשטח, והטלה של מגבלות מועטות יחסית מצד בית המשפט העליון על השלטונות הישראליים. בסופו של דבר, בית המשפט העליון הכשיר שורה ארוכה של צעדים שממשלת ישראל נקטה בשטחים אשר סותרים לפי רוב המומחים בתחום את המשפט הבינלאומי של דיני הכיבוש. כך למשל הוא התיר שימוש בקרקע פרטית לצורך בניית כבישים המשרתים בעיקר תושבים ישראליים;³⁹ הכשיר שימוש במשאבי הטבע המתכלים המצויים בשטחים לטובת ישראל;⁴⁰ וקבע כי שאלת החוקיות של מדיניות ההתנחלויות היא שאלה פוליטית שאין הוא יכול לדרון בה.⁴¹ בית המשפט העליון גם הכשיר את בניית גדר ההפרדה בתוואי המגן בין היתר על מספר גדול של התנחלויות, כמו גם את הפקעת הקרקע לשם בניית הגדר, על בסיס הטענה שגדר ההפרדה היא אמצעי ביטחוני זמני.⁴²

נראה אפוא כי האילוצים הפוליטיים והשינויים הדמוגרפיים והאחרים בשטח הביאו את בית המשפט העליון למצב שבו הכללים שהוא מפעיל, ושהוא מכנה אותם "דיני כיבוש", רחוקים למדי מהמשמעות המקורית שיוחסה להם. אומנם, תהליך זה של שקיעת פרדיגמת הכיבוש אינו בינארי. ניתן עדיין לזהות היבטים של דיני הכיבוש הרלוונטיים לפעולות צה"ל מול התושבים הפלסטינים,⁴³ וכל עוד לא "סופחו" השטחים או חלקם באופן פורמלי לישראל עדיין יש חשיבות למשטר הפורמלי החל

³⁹ בג"ץ 202/81 טביב נ' שר הבטחון, פ"ד לו(2) 622 (1981); בג"ץ 2150/07 אבו צפייה נ' משרד הביטחון (נבו) 29.12.2009.

⁴⁰ בג"ץ 9717/03 נעלה נ' המנהל האזרחי, פ"ד נח(6) 97 (2004); בג"ץ 2164/09 ייש דין – מתנדים למען זכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (נבו) 26.12.2011.

⁴¹ בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (1993).
⁴² זאת בניגוד לעמדת בית הדין הבינלאומי לצדק. ראו חוות הדעת בעניין הגדר, לעיל ה"ש 14, כפס' 116, 121.

⁴³ בג"ץ 8084/02 עבאסי נ' אלון פיקוד העורף, פ"ד נז(2) 55 (2002); בג"ץ 7473/02 בחר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 488 (2002); בג"ץ 97/79 אבו עוואד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לג(3) 309 (1979); בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 352 (2002); 785/87, עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4 (1988); עניין קוואסמה, לעיל ה"ש 30; בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון פ"ד לז(2) 197 (1983); and Ronen Kretzmer, לעיל ה"ש 20.

בהם. אך ההתרחקות של בית המשפט העליון מהמשמעות המקורית של דיני הכיבוש במשפט הבינלאומי אינה ניתנת עוד להכחשה.

ג. הפנייה אל דיני זכויות האדם כתחליף לפרדיגמת הכיבוש

1. הפנייה אל משטר זכויות האדם

תהליך ההתרחקות מפרדיגמת הכיבוש, ותהליך ההפיכה של השטחים לחלק ממדינת ישראל, הביא את בית המשפט לשימוש גדל והולך בעקרונות היסוד של המשפט הישראלי על מנת להסתייע בהם בפיתוח המשפט הנוהג בשטחים ובהשלמת פערים נורמטיביים בדיני הכיבוש הקיימים. בעוד שבשנים הראשונות לאחר 1967 הפעיל בית המשפט העליון על המצב בשטחים בעיקר את דיני הכיבוש המהווים חלק מהמשפט ההומניטרי,⁴⁴ ניתן לראות בבירור – בעיקר החל מראשית שנות האלפיים – כי דיני זכויות האדם הופכים להיות דומיננטיים יותר בדיונים בתיקי שטחים בבית המשפט העליון. התהליך של מעבר ממסגרת משפטית אחת לאחרת היה הדרגתי, ולעיתים כמעט בלתי מורגש. עוד בשנות השבעים קבע בית המשפט העליון כי חיילי צה"ל כפופים למשפט המנהלי הישראלי כאשר הם מבצעים פעולות מסוימות,⁴⁵ ובפסק הדין ג'מעית אסכאן בשנת 1983 החיל השופט דאז אהרן ברק את כללי המשפט המנהלי באופן גורף על פעולות צה"ל, וזאת במקביל לחלק מדיני הכיבוש.⁴⁶

ניתן, באופן גס, לאפיין כמה ערוצים שבהם השתמש בית המשפט בזכויות האדם בפסיקתו ביחס לשטחים (יש לציין כי בחלק מפסקי הדין השתמש בית המשפט ביותר מערוץ אחד): שימוש בזכויות אדם כעקרונות כלליים של המשפט; הסתמכות על זכויות אדם מהמשפט הבינלאומי; הסתמכות על כלים של סבירות ומידתיות; ושימוש בזכויות האדם המעוגנות במשפט החוקתי הישראלי.

⁴⁴ לעמדה שלפיה משפט זכויות האדם הבינלאומי היה הבסיס לפסיקת בית המשפט העליון משלב מוקדם הרבה יותר ראו: Smadar Ben-Natan, *Constitutional Mindset: The Interrelations between Constitutional Law and International Law in the Extraterritorial Application of Human Rights*, 50(2) ISR. L. REV. 139, 164–176 (2017).

⁴⁵ בג"ץ 302/72, לעיל ה"ש 19.

⁴⁶ בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 792, בפס' 31–34 לפסק דינו של הנשיא בדימוס ברק (1983).

כאמור, הערוץ הראשון שאליו פנה בג"ץ הוא השימוש בזכויות אדם כעקרונות כלליים של המשפט. בכמה פסקי דין השתמש בית המשפט בזכויות אדם כ"עקרונות משפט כלליים", וחייב את הרשויות הצבאיות לפעול תוך כיבוד זכויות אלו בדומה לאופן שבו הוחלו זכויות האדם בישראל לפני המהפכה החוקתית. כך, למשל, בבג"ץ ארג'וב קבע בית המשפט כי יש להקים ערכאת ערעור על בתי המשפט הצבאיים בשטחים מכוח קיומה של זכות הערעור המהווה "חלק מהותי של שפיטה הוגנת".⁴⁷ עיבוי המשפט המנהלי הישראלי בשנות השמונים, שכלל הזרמה ניכרת של עקרונות זכויות אדם אל תוך המשפט המנהלי, הביא גם להתרחבות השימוש בזכויות האדם המוכרות במשפט הישראלי בתיקי שטחים. כך למשל בבג"ץ מוסטפא יוסף נקבע שהחובה להבטיח תנאי מאסר אנושיים נובעת הן מ"יסודות המשפט המינהלי הישראלי, המלווה את שלטונות ישראל באשר הם", והן מ"מהותו האנושית והדמוקרטית" של הממשל הישראלי.⁴⁸ לפי מודל זה, זכויות האדם מהוות מגבלה על סמכותו המנהלית של המפקד הצבאי, וכן כלי מרכזי לפרשנות הדין החל (למשל צווי המפקד הצבאי). דוגמה נוספת להסתמכות על עקרונות כלליים מצויה בפסק הדין בעניין הס, שבו השתמש בית המשפט בעיקרון הכללי של "חופש הדת" על מנת לאשר את צו המפקד הצבאי שהפקיע בתים בסמוך ל"ציר המתפללים", שבו השתמשו תושבי קריית ארבע על מנת להגיע למערת המכפלה בחברון.⁴⁹

הערוץ השני שאליו פנה בג"ץ הוא ההסתמכות על זכויות אדם מהמשפט הבינלאומי. השאלה האם ההוראות של אמנות זכויות האדם הבינלאומיות שישראל הצטרפה אליהן במרוצת השנים חלות גם על פעולותיה בשטחים נותרה שנויה במחלוקת בישראל. מדינת ישראל הרשמית דחתה את תחולת אמנות זכויות האדם בשטחים מן הטעם כי הן נועדו לחול בשטחה הריבוני של המדינה וכי בשטחים חל דין ספציפי אחר – דיני התפיסה הלוחמתית,⁵⁰ וזאת אף על פי שמוסדות בינלאומיים רבים הביעו דעתם כי האמנות חלות גם בשטחים לצד דיני הכיבוש.⁵¹ כך או כך, בית המשפט

⁴⁷ בג"ץ 87/85 ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד מב(1) 368, 353 (1988).

⁴⁸ בג"ץ 540/84 מוסטפא יוסף נ' מנהל בית הסוהר המרכזי ביהודה ושומרון, פ"ד מ(1) 573, 567 (1986).

⁴⁹ בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443 (2004). השופטת בייניש משתמשת בפסק הדין במינוח "זכויות אדם חוקתיות" אך למעשה אין היא מפנה למקור חוקתי כלשהו, אלא מניחה את קיומן הכללי של זכויות אדם.

⁵⁰ לדיון מלא ראו ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 215–217 Ben-Naftali and Shany; (2006) לעיל ה"ש 2, בעמ' 17.

⁵¹ ראו חוות הדעת בעניין הגדר, לעיל ה"ש 14; Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel, ¶ 11, U.N. Doc. CCPRQCOQ78QISR (2003).

העליון הסתמך ישירות בכמה הזדמנויות על אמנות זכויות האדם הבינלאומיות בפסיקתו לגבי השטחים. פסק דין מרכזי בעניין זה הוא פסק הדין **מרעב**,⁵² שבו פסל בית המשפט את צו המפקד הצבאי שהתיר להחזיק עצורים מנהליים פלסטיניים לפרק זמן של עד 18 יום לפני הבאתם בפני שופט. בית המשפט קבע שם כי האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות חלה על המקרה, וזאת אף על פי שצו המפקד הצבאי חל רק בשטחים.⁵³ סעיף 9(3) באמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות, הקובע כי יש להביא עצור לפני שופט במהירות האפשרית (promptly) היווה חלק מרכזי בהנמקה של בית המשפט כי הצו אינו חוקי. בפסקי דין אחרים הכיר בית המשפט בכך שקיימת מחלוקת בעניין התחולה של דיני זכויות האדם בשטחים.⁵⁴

הערוץ השלישי שאליו פנה בג"ץ הוא ההסתמכות על כלים של סבירות ומידתיות בנוגע ליישום הדין בשטחים. בשורה של פסקי הדין ניתח בית המשפט את כללי המשפט הבינלאומי, לרבות כללים השאובים מדיני הכיבוש, באמצעות שימוש בכלים של סבירות ושל מידתיות. הדוגמאות המובהקות לשימוש בכלים של מידתיות מצויות בפסקי הדין בעניין המתווה של גדר ההפרדה⁵⁵ שבהם איזן בית המשפט בין שיקולי ביטחון לבין פגיעה בזכויות התושבים הפלסטיניים. בית המשפט קבע אומנם בפסק הדין בעניין **בית סוריק** שמבחני המידתיות שהוא מפעיל נובעים גם מהמשפט הבינלאומי, אך האיזון שהוא ערך בפועל קירב מאוד את גישת בית המשפט בנוגע לניתוח הדינים החלים בשטחים (שילוב של דיני כיבוש ומשפט מנהלי) לאופן שבו הוא מנתח זכויות אדם במשפט הישראלי.⁵⁶

ולבסוף, הערוץ הרביעי שאליו פנה בג"ץ הוא השימוש במשפט חוקתי ישראלי לגבי השטחים: בכמה מקרים נעשה שימוש בעקרונות של משפט חוקתי ישראלי ביחס לאירועים שקרו בשטחים.⁵⁷ מקרה מובהק של שימוש כזה נעשה בפסק הדין בעניין

בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד נז(2) 349 (2003).

לא ברור אם בית המשפט שם התכוון לקבוע קביעה כללית בהקשר זה, וגם לא ברור אם בית המשפט שם לב לכך שישראל הודיעה, עת הצטרפה לאמנה, על החרגה (derogation) מסעיף 9 לאמנה, וזאת על רקע מצב החירום השורר בה. בפסקי דין מאוחרים יותר נזהר בית המשפט לציין כי שאלת תחולתן של אמנות זכויות האדם בשטחים שנויה במחלוקת. ראו למשל בג"ץ 1890/03 **עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, משרד הביטחון**, פ"ד נט(4) 736, פס' 15 לפסק דינה של השופטת בייניש (2005).

ראו למשל בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד ס(2) 477 (2005).

ראו למשל בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5) 807 (2004).

כהן "בית המשפט והעימות", לעיל ה"ש 2.

רוני, לעיל ה"ש 2.

תוכנית ההתנתקות.⁵⁸ בפסק דין זה קבע בית המשפט כי המתיישבים הישראליים ביהודה ושומרון נהנים מהגנתו של המשפט החוקתי הישראלי (התחולה גם לגבי התושבים הפלסטיניים – שעליהם פרושה הגנת דיני הכיבוש – הושארה באותה פרשה בצריך עיון).⁵⁹

2. יתרונות וחסרונות השימוש בזכויות האדם

לשימוש הנרחב יחסית במשפט זכויות האדם יש כמה יתרונות מובהקים. ראשית, הנושאים שדיני הכיבוש מכסים הם מצומצמים יחסית, ואילו השליטה ארוכת הטווח של ישראל, אשר התמשכה הרבה מעבר לתקופה שאותה נועדו להסדיר דיני הכיבוש (מנסחי האמנות הרלוונטיות צפו החלה לתקופה קצרה למדי), הביאה לפתחו של בית המשפט מגוון גדל והולך של סוגיות משפטיות. סוגיות אלה חורגות במקרים רבים מד' האמות של דיני הכיבוש ומזמינות שימוש בעקרונות מתחום זכויות האדם למילוי לקונות נורמטיביות. כך קרה למשל בנושאים כמו הגבלת תקופת המעצר לפני הבאה לשופט,⁶⁰ ההתערבות בתוואי גדר ההפרדה,⁶¹ מגבלות על שימוש בכוח בחקירות⁶² והגבלות על מניעת גישה של פלסטינים לאדמותיהם.⁶³ דיני זכויות האדם העניקו בנושאים אלה ואחרים הגנה מסוימת לזכויות קונקרטריות של התושבים הפלסטיניים בשטחים, הגנה שקשה היה לבית המשפט לגזור מדיני הכיבוש, שכן ההתייחסות בהם לזכויות של התושבים המקומיים מועטה יחסית, וגם מידת הפירוט שבה הם עוסקים בזכויות מסוימות הינה מוגבלת. שנית, הגישה של בתי המשפט בישראל מקרבת את פסיקתם אל דיני המשפט הבינלאומי ועשויה להפחית את החיכוך בין ישראל לקהילה הבינלאומית.⁶⁴ ההחלה של דיני זכויות האדם לגבי הצעדים שבהם נקטה ישראל בשטחים משתלבת היטב עם מגמות כלליות בדיני זכויות האדם כמו ההחלה

⁵⁸ בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005).

⁵⁹ לקריאה לשימוש רב יותר, לא רק במשפט חוקתי אלא גם בערכי הדמוקרטיה שבבסיסו, ראו מאמרן של ליאורה בילסקי ונטלי דודזון "חוק ההסדרה ושלטון החוק" פורום עיוני משפט מה 1 (2021).

⁶⁰ עניין **מרעב**, לעיל ה"ש 52, בפס' 41 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁶¹ בג"ץ 7957/04, לעיל ה"ש 54.

⁶² בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי בישראל נגד עיניים נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999).

⁶³ בג"ץ 9593/04 מוראד נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד סא(1) 844 (2006) (להלן: "עניין מוראד").

⁶⁴ עמיחי כהן "מבט עדכני על כללי הקליטה של המשפט הבין-לאומי בפסיקתו של בית המשפט העליון" ספר רות לפידות 37, 40 (הילי מודריק אבן-חן ויובל שני עורכים, 2020).

האקסטר-טריטוריאלי של דיני זכויות האדם,⁶⁵ והתחולה המקבילה של דיני זכויות האדם והמשפט ההומניטרי.⁶⁶

חשוב לציין כי היו מלומדים שהשמיעו ביקורת על ההחלה של דיני זכויות האדם בתיקי שטחים. אייל גרוס, למשל, הדגיש את העובדה שדיון על פי זכויות האדם עלול להכשיר דווקא פגיעה מצד בית המשפט בזכויות התושבים הפלסטיניים, שכן השימוש בכלים של איזון אופקי בין זכויות ואינטרסים ובחינת המידתיות של אמצעים שלטוניים, האינהרנטיים לניתוח על פי זכויות האדם, עלול להוביל לתוצאה המצדיקה את ההגבלה של זכויות פלסטינים מטעמי הגנה על זכויותיהם של מתנחלים או של האינטרסים השלטוניים הכרוכים בהגנה עליהם ועל צורכיהם.⁶⁷ המבנה הבינארי של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, הקובע כי פעולות שלטוניות מסוימות הן אסורות ואחרות מותרות, הופך בחסות דיני זכויות האדם למבנה "רך" יותר שבו פעולות שלטוניות כמעט אף פעם אינן אסורות לחלוטין.⁶⁸

נראה כי הבעיה המרכזית בפנייה לדיני זכויות האדם טמונה ביישום הדינים והמבחנים הכלולים בהם בלא מתן תשומת לב מספקת לחוסר השוויון הבסיסי הקיים בין האוכלוסיות השונות החיות בשטח. במילים אחרות, החלת דיני זכויות האדם על ידי בית המשפט הייתה בעבר במידה רבה הפעלה "טכנית", בלא התייחסות לתנאי הרקע הפוליטיים המעצבים את המציאות בשטח. במקרים רבים התעלם בית המשפט מאי שוויון זה, ופשוט הניח כי על המפקד הצבאי לאזן בין זכויות התושבים הפלסטיניים לזכויות האזרחים הישראליים בשטח, בלא לקחת בחשבון את הנטייה של המפקד הצבאי לשוות חשיבות רבה יותר לזכויות התושבים הישראליים שעל ביטחונם הוא מופקד ושמשתייכים לאותה קהילה פוליטית כמוהו על חשבון זכויות אזרחיות של הפלסטינים המשתייכים לקהילה פוליטית יריבה. דוגמאות מובהקות לכך שבית המשפט לא התחשב ביחסים הלא שוויוניים שבין האוכלוסיות ונטה לתת אמון ביכולתו של המפקד הצבאי להפעיל כראוי איזון בין זכויותיהן ניתן למצוא בסדרת פסקי הדין שעסקו במגבלות רחבות על חופש התנועה של הפלסטינים בשטחים או בתפיסת או

⁶⁵ Ben-Naftali and Shany, לעיל ה"ש 2, בעמ' 17.

⁶⁶ לתיאור כללי של התחולה המקבילה ראו: Noam Lubell, *Parallel Application of International Humanitarian Law and International Human Rights Law: An Examination of the Debate*, 40 ISR. L. REV. 648 (2007).

⁶⁷ Aeyal M. Gross, *Human Proportions*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 29–35; ראו בנוסף: AEYAL GROSS, *THE WRITING ON THE WALL* (2017).

⁶⁸ ראו Gross *Human Proportions*, שם. לניתוח ההבדלים ראו גם: Amichai Cohen, *Rules and Standards in the Application of International Humanitarian Law*, 41 ISR. L. REV. (2008) (להלן: Cohen, *Rules and Standards*).

הריסת רכוש של פלסטינים שאינם מעורבים באירועים אלימים לשם הגנה על ביטחונם של מתנחלים מפני מפגעים פלסטינים.⁶⁹

3. ההכרה בחוסר השוויון בין האוכלוסיות: פסק הדין בעניין זיאדה

אופן ההחלה של דיני זכויות האדם עבר שינוי משמעותי בשנים האחרונות. שינוי ראשון ניתן לזהות בפסק הדין בעניין זיאדה משנת 2017.⁷⁰ פסק דין זה עסק בניסיונו של היועץ המשפטי לממשלה להימנע מפינוי היישוב עמונה על ידי איתור קרקע סמוכה ליישוב שאליה ניתן יהיה להעתיק את היישוב. כיוון שכמעט כל הקרקעות סביב היישוב עמונה היו רשומות כקרקעות פרטיות פלסטיניות, היועץ עשה שימוש יצירתי בכלים משפטיים, כגון "איחוד וחלוקה של חלקות" וכללים בדבר בעלות ב"נכס נטוש" על מנת לאפשר הקצאת קרקעות למתנחלים. חלקו הראשון של פסק הדין קובע כי פעולותיו של היועץ המשפטי היו חוקיות על פי דיני הכיבוש – עמדה אשר זיכתה את פסק הדין בשבחים מטעם אנשי ימין.⁷¹ אך קריאה מעמיקה של החלק השני של פסק הדין, העוסק בהגנות הניתנות לפלסטינים על ידי דיני זכויות האדם, מגלה כי השופט ג'ובראן דווקא ניסה להניח תשתית אחרת, אלטרנטיבית, להגנה על זכויות הפלסטינים הנמצאים תחת שליטה אפקטיבית של ישראל, והינם הנפגעים הישירים ממדיניות הקרקעות שלה. במקום לפסול את המהלך המשפטי שביצע היועץ מן הטעם שהוא מנוגד לדיני הכיבוש, מסקנתו של השופט ג'ובראן – המבוססת על הנמקה השאובה מתחום דיני זכויות האדם – הייתה שהפגיעה בזכויות הפלסטינים שנגרמה עקב הכלים המשפטיים שבהם השתמש היועץ אינה מידתית ביחס לתועלות שתושגנה, הן הביטחונית והן המעין-קניינית.⁷²

לפני סיום הדיון בחלק זה, השופט ג'ובראן פונה לחלק המפתיע והמחודש ביותר בפסק דינו. בגלל חשיבות הדברים נביא אותם כלשונם:

⁶⁹ עניין מוראד, לעיל ה"ש 63; בג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (נבו 28.12.2015); בג"ץ 3435/05 מנהל הוואקף בחברון נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (נבו 12.09.2005); בג"ץ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(4) 608 (2002). לדיון, ראו: Guy Harpaz and Yuval Shany, *The Israeli Supreme Court and the Incremental Expansion of the Scope of Discretion Under Belligerent Occupation Law*, 43 ISR. L. REV. 514 (2010).

⁷⁰ בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (אר"ש, 31.10.2017) (להלן: "עניין זיאדה").

⁷¹ בג"ץ 390/79, לעיל ה"ש 33; ראו למשל יהודה יפרח "האם הנס של ג'ובראן ישנה את דעתו של מנדלבליט?" מקור ראשון (25.12.2017) <https://www.makorishon.co.il/opinion/6289/>.

⁷² עניין זיאדה, לעיל ה"ש 70, בפס' 113–116 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

"טרם חתימת הדיון יש לשוב למושכלות ראשונים. תושבי האזור הפלסטינים אינם ככל קבוצת פרטים אשר כפופה לפעולותיה של רשות מנהלית זו או אחרת. המדובר באזרחים מוגנים על פי הדין הבינלאומי, אשר זוכים מכוחו להגנות ייחודיות במגוון תחומים רחב, בהם גם מישור הקניין הפרטי... חרף הוראות אלו, נתונים התושבים המוגנים בעמדת כוח נחותה באופן אינהרנטי מזו של המתיישבים הישראלים באזור, שהם אזרחים מלאים ושווי זכויות של מדינת ישראל... אומנם, מורות פסיקותיו העקביות של בית משפט זה על עריכת איזון אופקי מקום שחלה התנגשות בין זכויות התושבים הנמנים עם שתי הקבוצות – איזון שאותו ערכתי לעיל – אך אין בכך כדי לטשטש את המעמד הייחודי השמור לקבוצת התושבים המוגנים, או את הזהירות היתרה שנדרש המפקד הצבאי לנקוט בפועל תוך פגיעה בזכויותיהם, לבל ישמשו דיני זכויות האדם כסות להחרפת חולשתם ולהעדפת תושביה של המדינה המחזיקה בשטח... זהירות זו, למרבה הצער, לא אפינה במידה מספקת את התקנת הצו המתוקן. אשר על כן, מצאתי כי הוא אינו צולח את מבחן המשנה השלישי של תנאי המידתיות".⁷³

לא ניתן להפריז בחשיבותה של פסקה זו. תוך שהוא מפנה לכתיבתם של החוקרים אייל גרוס, ארנה בן נפתלי והח"מ,⁷⁴ השופט ג'ובראן מציב מראה אל מול איזוני הזכויות למיניהם הנעשים על ידי מפקדים צבאיים ושופטים. בהעדר שוויון מהותי בין שתי האוכלוסיות השונות הגרות בשטחים, האיזונים בין הזכויות למיניהן אינם יכולים להיות מופעלים בצורה הרגילה. כלשון אירונית משהו, השופט ג'ובראן מכנה אמירות אלו בשם "מושכלות ראשונים" – אך דומה שהם אינם מושכלות ראשונים – כי אם מסקנות אחרונות של שופט המצוי על סף פרישה מכס השיפוט אשר חזה במשך שנים רבות בנגיסה ההדרגתית בזכויותיהם של הפלסטינים בשטחים.⁷⁵

⁷³ שם, פסקה 115 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

⁷⁴ שני ובן-נפתלי "המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום", לעיל ה"ש 50; Gross, The Writing on the Wall, לעיל ה"ש 67; כהן "דין עמונה" לעיל ה"ש 21.

⁷⁵ עמיחי כהן "סופו של נשף המסכות? בעקבות בג"ץ 17/794 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה 73 5 (2018).

ד. משמעותו של פסק הדין בעניין חוק ההסדרה

1. חוק ההסדרה ועקרון השוויון

לאור התופעה הנרחבת יחסית של בנייה ישראלית בשטחים על קרקעות פרטיות פלסטיניות, וכמה מקרים קודמים שבהם הורה בית המשפט לפנות יישובים שנבנו על קרקעות פרטיות,⁷⁶ החליטה הכנסת להתערב ולמנוע באמצעות חקיקה פינויים עתידיים של התיישבות ישראלית ביהודה ושומרון באמצעות החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון (להלן – **חוק ההסדרה**). חוק ההסדרה הורה לרשויות הישראליות בשטחים "ליטול את זכות השימוש והחזקה", או במילים אחרות להפקיע, כל קרקע שעליה בנויה התיישבות שנבנתה בתום לב או בהסכמה, ולו משתמעת, של ממשלת ישראל, או אפילו של רשות מקומית או של מוסד מיישב. החוק לא קבע כל תנאי בדבר חוקיות הבנייה, וגם לא הגביל את תחולתו רק לבנייני מגורים.⁷⁷ ההגנה שניתנה לתושבים הפלסטיניים כנגד ההפקעה כללה פיצוי מוגדל בלבד.⁷⁸ שום חריג לא הוכר בחוק להוראה הקטגורית בדבר הסדרת בנייה ישראלית על קרקע פרטית פלסטינית.

כנגד החוק הוגשו שורה של עתירות לבית המשפט העליון. ביום 9.6.2020 ביטל בית המשפט העליון את חוק ההסדרה בפסק דין שניתן על ידי שמונה שופטים כנגד דעתו החולקת של השופט סולברג.⁷⁹ בית המשפט בחר שלא להתייחס בפסק הדין לשורה של שאלות יסוד (דוגמת סמכותה של הכנסת לחוקק ביהודה ושומרון,⁸⁰ חוקיות ההתנחלויות וכו'), וההנמקה המשפטית לפסילת החוק התבססה בעיקרה על פגיעתו הבלתי מידתית של החוק בזכויות המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ראשית, בית המשפט קבע כי ככל שהכנסת מחוקקת לגבי השטחים, הרי שחקיקה זו כפופה לחוקי היסוד,⁸¹ שכן לא ייתכן שרשות שלטונית בישראל תפעל בלא מגבלות

⁷⁶ בג"ץ 9949/08 **חמאד נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 25.12.2014); ראו כהן "דין עמונה", לעיל ה"ש 21.

⁷⁷ סעיף 3 לחוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2017 (להלן: "חוק ההסדרה"). את המונח "תום לב" המופיע בסעיף יש לקרוא לאור ההגדרה הרחבה של המונח המופיעה בסעיף 1 לחוק.

⁷⁸ שם, בסעיף 8.

⁷⁹ עניין **סלואד** לעיל ה"ש 1.

⁸⁰ שם, בפס' 31–33 לפסק דינה של הנשיאה חיות. לדיון בשאלה זו ראו מאמרו של איל בנבנשתי, "מדוע עקרונות כבוד האדם והדמוקרטיה שוללים את סמכות הכנסת לחוקק מעבר לגבולות המדינה – הדיון שלא התקיים בבג"ץ חוק ההסדרה", בגיליון זה.

⁸¹ עניין **סלואד** לעיל ה"ש 1, בפס' 32 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

מכוח דיני זכויות האדם על פעולתה.⁸² הגם שנימוקו זה של בית המשפט לוקה בהנחת המבוקש, הצדדים עצמם הסכימו להתדיין על בסיס הנחה נורמטיבית זו. כתוצאה מכך, פסק הדין מבוסס למעשה על דיני זכויות האדם כפי שהם מעוגנים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בית המשפט קבע, בהקשר זה, כי חוק ההסדרה פוגע בשתי זכויות משמעותיות בחוק היסוד. ראשית הוא קבע כי החוק פוגע בזכות הקניין, כיוון שהוא נוטל את זכויות הפלסטינים לבעלות ושימוש בקרקע ומעביר את זכויות הקניין שלהם לידי המתנחלים הישראליים, נגד רצונם. אומנם בית המשפט מצא כי ניתן היה לבסס את הזכות לקניין אף על סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית,⁸³ אך נימוק זה נזנח בהמשך פסק הדין. כאשר בית המשפט בוחן את המגבלות על הזכות, הוא משתמש בנוסח האיזון של פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולא בנוסחת האיזון הקבועה בסעיף 27, המאפשרת הגבלה של זכויות מטעמי ביטחון. מעבר לכך, הפגיעה המרכזית בזכויות שבית המשפט מוצא היא הפגיעה בזכות לשוויון.⁸⁴ מפסיקת בית המשפט העליון לאורך השנים עולה כי על מנת לקבוע שהזכות החוקתית לשוויון נפגעה יש להראות

שם.

82

שם, בפס' 33–34 לפסק דינה של הנשיאה חיות. נוסח הסעיף באמנת ג'נבה הרביעית קובע כי ניתן להגביל את הזכויות המנויות: "...the Parties to the conflict may take such measures of control and security in regard to protected persons as may be necessary as a result of the war".

83

כידוע, הזכות לשוויון אינה מוגנת במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו: הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כ"ח 257, 274–275 (תשנ"ז). אך בית המשפט העליון קבע כבר לפני שנים כי הזכות לשוויון מוגנת מכוח הזכות לכבוד כל עוד היא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם. חרף מרכזיותה של הזכות לשוויון אין הסכמה על הגדרתה, ראו: בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת פס' 27** לפסק דינו של הנשיא בדימוס ברק פ"ד סא(1) 619 (2006). עם זאת, הזכות לשוויון הוגדרה כזכות חוקתית בהקשרים שבהם יש לה קשר ענייני הדוק לכבוד האדם: "זכות לשוויון ככזו אינה מגויה כזכות עצמאית בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא מהווה זכות חוקתית מוגנת מכח חוק היסוד רק באותם הקשרים שבהם היא כרוכה ואחווה באופן הדוק בזכות החוקתית לכבוד, הזוכה להגנה חוקתית בחוק היסוד... פגיעה בשוויון מוחזקת כפגיעה בזכות חוקתית ככל שהיא קשורה ואחווה בכבוד האדם בקשר ענייני הדוק. פגיעה כזו אינה מוגבלת לפגיעות נפשיות, השפלה או השמצה, המצויות בגרעין הקשה של כבוד האדם, אלא עשויה להשתרע גם על מצבים של הפליה שאין עימה בהכרח השפלה, וכן מצבים אחרים של פגיעה בשוויון, ובלבד שיהיה להם קשר ממשי לפגיעה בכבודו של האדם". בג"ץ 6784/06 **שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות פס' 48** לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו 12.1.2011).

84

פער בלתי מוצדק בהתייחסות של החוק הכפוף לביקורת חוקתית כלפי קבוצות מובחנות שונות.⁸⁵

חשוב להדגיש כי בית המשפט העליון הכיר בכך שלחוק ההסדרה יש תכלית ראויה: פתרון הבעיה האנושית של המתנחלים הישראליים אשר בנו את בתיהם בתום לב, ובהסכמת הרשויות, על קרקעות שלמפרע התברר כי הן אינן קרקעות מדינה כי אם קרקעות פרטיות פלסטיניות. עם זאת, הוא הדגיש כי האמצעי שנבחר על מנת להגשים את התכלית הזו הוא בלתי מידתי – הוא אינו מבחין בין מקרים שבהם המתנחלים אכן פעלו בתום לב "אמיתי" לבין מקרים שבהם אי החוקיות הייתה גלויה וברורה. החוק גם לא יצר מנגנון לבדיקה בכל מקרה ומקרה של היחס שבין עוצמת הפגיעה במתיישבים הישראליים כתוצאה מאכיפת הדין לבין עוצמת הפגיעה בזכויות הקניין של בעלי הקרקע הפלסטינים. יתר על כן, החוק קבע תנאים והסדרים בלתי סבירים לצורך הוכחת הבעלות הפלסטינית בקרקע במקרים שבהם יש ספק לגבי זהות הבעלים האמיתיים. במילים אחרות, מרבית העלות של פתרון הבעיות המעשיות וההומניטריות הנובעות מבנייה בלתי חוקית בשטחים כתוצאה מפעילותם של גורמים שונים – לעיתים ממשלת ישראל, לעיתים הגופים המיישבים, לעיתים הרשויות המקומיות הישראליות ביהודה ושומרון ולעיתים המתיישבים עצמם – הוטלה על בעלי הקרקע הפלסטינים. לבסוף, ניתן לציין כי בית המשפט גם קבע שהיועץ המשפטי לממשלה הציג, בלי קשר לחוק ההסדרה, פתרונות חלופיים סבירים שהיה בהם כדי לפתור את עיקר הבעיות במקרים שבהם פעלו המתנחלים בתום לב גמור. גם דבר קיומם של פתרונות חלופיים אלו, שפגיעתם בזכויות פחותה, הוביל את בית המשפט למסקנה כי ההסדר שנקבע בחוק אינו מידתי.

הדיון בפסק הדין בבג"ץ חוק ההסדרה הוא לא פחות מפורץ דרך בהתייחסות לפלסטינים כקבוצה מובחנת הזכאית להגנה מכוח הזכות החוקתית לשוויון. בפעם הראשונה בהיסטוריה של השליטה הארוכה של ישראל ביהודה ושומרון בית המשפט אווז את השור בקרניו ומציב זו מול זו את קבוצת המתיישבים הישראליים ואת הפלסטינים. בית המשפט מציין את העובדה כי המוסדות המיישבים בשטחים פועלים כמעט אך ורק לטובת התושבים הישראליים,⁸⁶ כי יותר מ-99% של הקרקעות שהוקצו ביהודה ושומרון הוקצו לישראלים,⁸⁷ וכי הפרת החוק על ידי המתיישבים הישראליים

⁸⁵ ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" **משפט וממשל** יז 63, 64–67 (2016).

⁸⁶ עניין **סלואד**, לעיל ה"ש 1, בפס' 47–51 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

⁸⁷ על פי פסק הדין יותר מ-450,000 דונם של אדמות מדינה הוקצו ליישובים ישראליים מאז 1967, ורק כ-1,500 דונם לפלסטינים. בנוסף, ראו בג"ץ 953/11 **סאלחה נ' שר הבטחון** (נבו, 27.08.2020) (להלן: עניין **מצפה כרמים**). בעניין **מצפה כרמים** בפס' 35 לפסק דינה של

זוכה למעשה לאישור בדיעבד בחוק ההסדרה, וזאת בניגוד להפרות החוק של הפלסטינים.

פסקה 56 לפסק דינה של הנשיאה חיות היא בעלת חשיבות מיוחדת לענייננו:

"בהקשרים אחרים כבר נפסק כי "טיפול שונה בשל דת או לאום הוא טיפול 'חשוד' והוא לכאורה טיפול מפלה" ... פגיעה כזו בתושבי האזור הפלסטינים "אינה אך פגיעה בשוויון, אלא היא גם פגיעה בכבודם. היא פגיעה בזכותם לקדם את חייהם באורח אוטונומי; היא פגיעה בפרנסתם [...] ובעיקר, היא פגיעה בזכותם הבסיסית שלא לסבול יחס מקפח מהשלטון". ההבחנה הנטענת גוררת באופן מובנה פגיעה בכבוד, שכן היא מעמידה את התושבים הפלסטינים "בעמדה נחותה, לכאורה, ביחס לשכניהם היהודים". וביתר שאת בהינתן העובדה כי מדובר ב"תושבים מוגנים" על פי הדין הבינלאומי הנתונים "בעמדת כוח נחותה באופן אינהרנטי מזו של המתיישבים הישראלים באזור, שהם אזרחים מלאים ושווי זכויות של מדינת ישראל"..."⁸⁸

נראה, אם כן, שפסק הדין בעניין ביטול חוק ההסדרה מרחיב ומעמיק את "שינוי הפרדיגמה" שזיהינו כבר בפסק הדין בעניין זיאדה. בית המשפט העליון מסיט את המבט מהמשפט הבינלאומי, שממילא כוחו מוגבל מול הנכונות של הכנסת לפגוע בהוראותיו בחקיקה ראשית. במקום זאת הוא מתמקד בהפרה של הזכות לשוויון, שהיא חלק מהזכות לכבוד האדם במשפט הישראלי, על ידי חוק ההסדרה. מסגרת זאת מעניקה הגנה משפטית, גם אם מוגבלת, לזכויות הפלסטינים בתנאים הפוליטיים השוררים בשטחים, והאפקטיביות של ההגנה תלויה בכך שבית המשפט יכיר בפערי הכוח המובנים בין התושבים הפלסטיניים לבין המתנחלים הישראליים, ובמבנה המשפטי והפוליטי הייחודי השורר בשטחים. חשיבותו של פסק הדין היא בנכונות בית המשפט לפסוע כמה צעדים חשובים אל עבר הכרה שכזו.

כדי לפסוע צעדים חשובים אל עבר ההכרה בפערי הכוח המובנים בין האוכלוסיות השונות בשטחים היה על בית המשפט להתעלם ממונחים משפטיים המצויים בחוק

הנשיאה חיות מובהר כי מדובר רק בנתונים לגבי שטח C. שם מופיעים נתונים שלפיהם סך ההקצאות של אדמות מדינה ליישובים ישראליים בכל יהודה ושומרון היה למעלה מ-670,000 דונם (ולפלסטינים רק כ-1,600 דונם).

עניין סלואד, לעיל ה"ש 1, בפס' 56 לפסק דינה של הנשיאה חיות. מעניין לציין כי פסקי הדין המצוטטים בפסקה עוסקים כולם בערבים אזרחי ישראל, וזאת למעט פסק דין אחד: פסק דינו של השופט ג'ובראן בעניין זיאדה.

88

ההסדרה (כמו גם בדיני הכיבוש) היוצרים מצג כאילו תפיסת הקרקע אינה הפקעה של ממש, אלא תפיסת חזקה זמנית בלבד.⁸⁹ באותה מידה, בית המשפט נדרש להפנים כי למרות לשון החוק הניטרלית הוא גורר פגיעה אך ורק בזכויות בעלי קרקע פלסטינים, ומיטיב רק עם המתישבים הישראליים.⁹⁰ הסדרים אלו בחוק אינם אלא כסות למנגנון מפלה של הפקעת זכויות הקניין של התושבים הפלסטיניים בניגוד לרצונם. יתר על כן, היה על בית המשפט להעריך את הפגיעה בזכויות הפלסטינים לא רק לפי המצב הקיים, שבו נשללת מהם הלכה למעשה הזכות להשתמש בקרקע שלהם המצויה בתוך היישובים הישראליים, אלא על בסיס תפיסה עקרונית של זכות הקניין שלהם, שאותה הם יכלו לממש לולא היו נבנים מבנים לא חוקיים רבים כל כך על אדמה פרטית בבעלותם ועל "אדמות מדינה" סמוכות שהוקצו כמעט אך ורק למתיישבים הישראליים. באופן דומה, בית המשפט נדרש להעריך את הזכויות של המתנחלים לאור העובדה שהבתים שבהם הם מתגוררים נבנו על אדמה פרטית שלא כדין. לבסוף, בית המשפט ניצב מול התובנה כי חוק ההסדרה נחקק על רקע מציאות פוליטית שבה פועלים כוחות פוליטיים משמעותיים המבקשים לקדם את האינטרסים של המתנחלים, גם על חשבון הזכויות של התושבים הפלסטינים, והמבקשים להימנע מלשלם את המחיר הפוליטי הכרוך בפינוי מבנים בלתי חוקיים בהתנחלויות.

בסופו של דבר, ובהמשך לפסק הדין בעניין זיאדה, בית המשפט מדגיש בהחלטתו לפסול את חוק ההסדרה את הצורך בהחלה מושכלת של דיני זכויות האדם באופן המודע לסיטואציה השוררת בשטחים ולפערי הכוח בין האוכלוסיות המתגוררות שם. אומנם, בית המשפט שב ומדגיש את התחולה של דיני הכיבוש, ובמיוחד את חשיבותו של סעיף 43 לתקנות האג המחייב את המדינה הכובשת (ישראל) לשמור על הסדר והחיים הציבוריים בשטח הכבוש.⁹¹ אכן, כפי שצינו כבר לעיל, הדיון במסגרת זכויות האדם אינו בעל אופי אקסקלוסיבי, והוא אינו שולל את הדיון בדיני הכיבוש. יחד עם זאת, דיני זכויות האדם, ולא דיני הכיבוש, תופסים את מרכז הבימה בפסק הדין.

⁸⁹ למשל, סעיף 3 לחוק ההסדרה קובע כי הזכויות בקרקע לא יופקעו אלא רק "יינטלו", וכי: "נטילת זכויות השימוש וההחזקה כאמור בפסקה זו, תיעשה, ככל האפשר, בהתאם להוראות חוק הקרקעות הירדני, ככל שהן אינן סותרות את הוראות חוק זה, והיא תעמוד בתוקפה עד להכרעה מדינית בדבר מעמדו של האזור וההתיישבות בו".

⁹⁰ נוסח הצעת החוק בקריאה ראשונה קבע במפורש כי מטרת החוק היא להגן על ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון. הנוסח שונה לקראת הקריאה השנייה והשלישית, כך שההתיישבות ההתיישבות הישראלית דווקא הוסרה. נראה שצריך לנקוט עמדה מיתממת במיוחד על מנת שלא להבין שהחוק נועד לפתור בעיה של ההתיישבות הישראלית בשטחים, ולא שום בעיה אחרת. ראו דברי הסבר להצעת חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2016, ה"ח הכנסת 44, 44-45.

⁹¹ עניין סלואד, לעיל ה"ש 1, בפס' 66, 68 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

2. הגנה "עבה" על עקרון השוויון

כמפורט לעיל, בשנים האחרונות עשו שופטים רבים מאמצים לבסס את ההגנה על זכויות הפלסטינים על אדנים של דיני זכויות האדם, ובעיקר על איזונים בין זכויות מתחרות ועל מבחני מידתיות. אומנם במקרים מסוימים פעלה הגנה זו את פעולתה וסיפקה הגנה משפטית לתושבים הפלסטינים,⁹² אך באופן כללי קשה לומר שדיני זכויות האדם סיפקו מטריית הגנה חזקה לזכויות הפלסטינים. טעם עיקרי לכך הינו, כפי שכבר פירטנו לעיל, שדיני זכויות האדם כפי שהוחלו בפועל התעלמו מאי השוויון הבסיסי בין האוכלוסיות השונות.⁹³

הייחוד של פסק הדין בעניין חוק ההסדרה (כמו גם של פסק הדין בעניין **זיאדה**) הינו שבית המשפט עשה בו שימוש בעקרון השוויון על מנת להסיר את המסווה מעל כוונותיהן של רשויות השלטון הישראליות. הגם שהרשויות הישראליות השתמשו במבנים משפטיים ניטרליים לכאורה, דוגמת הפקעת קרקעות תמורת פיצוי, או הכרזה של הממונה על הרכוש הממשלתי, תכליתם בפועל היתה שלילת זכויות של פלסטינים. ניתוח "עבה" של עקרון השוויון מאפשר לבית המשפט לספק לתושבים הפלסטינים הגנה אפקטיבית יחסית מפני פגיעה בזכויותיהם המשפטיות. אם אכן עקרון השוויון המהותי, או האיסור על אפליה מובנית, הוא הכלי המרכזי לבחינת מדיניות ישראל בשטחים, כי אז ברור לגמרי מדוע אין להשתמש במשאבי קרקע פלסטיניים לשם חיזוק הצרכים הציבוריים והפרטיים של ההתנחלויות. העברת משאבים כזו אינה אלא ביטוי מוחשי להפליה המובנית הקיימת, וככזו היא אינה יכולה לעבור את מבחני המידתיות לפגיעה מוצדקת בזכות הקניין. בחינה לאור עקרון השוויון מצביעה על הפגיעה בקניינם הפרטי של הפלסטינים כסוג של גזל של כבשת הרש, שכן כמעט כל אדמות המדינה שהוקצו בעבר ביהודה ושומרון הוקצו למתיישבים הישראלים.

מכל מקום, השלכותיו של פסק הדין בעניין חוק ההסדרה נרחבות הרבה יותר מהדין הקונקרטי בעניין חוק ההסדרה, וניתן לחלץ ממנו קריאה של בית המשפט ליועצים המשפטיים, לבית המשפט ולארגוני זכויות האדם להתבונן במכלול פעולותיה

⁹² ראו למשל את עניין **מועצת הכפר בית סוריק**, לעיל ה"ש 55.

⁹³ למען הדיוק יש לציין כי עקרון השוויון שימש כבסיס לפסיקה גם לפסק דין אחד קודם – בבג"ץ 168/91 **מורכוס נ' שר הביטחון** פ"ד מח(1) 467 (1991). בפסק דין זה קבע בית המשפט כי ישראל צריכה לחלק ערכות מגן לתושבים הפלסטיניים בשטחים מכוח עקרון השוויון. אלא שפסק הדין בעניין מורכוס היה יוצא דופן, ובכל מקרה לא עסק בתחרות על משאבים מוגבלים בין התושבים הישראלים של השטחים לבין הערבים.

של ישראל בשטחים דרך הפריזמה של עקרון השוויון.⁹⁴ נקודת מבט זו עשויה לחשוף חלוקה בלתי שוויונית של משאבים ושירותים לרוחב כל החזית של זכויות האדם: חינוך, רווחה, תרבות, זכויות פוליטיות ואזרחיות, מימון תשתית אנרגיה ועוד. כל אלו מוקצים בצורה לא שוויונית לתושבים הפלסטיניים בשטחים בהשוואה לאזרחים הישראליים. בכל העניינים הללו יש להתבונן מחדש, לא עוד מפרספקטיבה של הגנה מינימלית על זכויות תושבים מוגנים מכוח דיני הכיבוש, אלא של שאיפה ליישום שוויוני ומלא של מגוון הזכויות האזרחיות, הכלכליות, החברתיות והתרבותיות של כל התושבים בשטחים.⁹⁵

דוגמה ליישום עדכני של תפיסה זו ניתן לקרוא במשתמע בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **מצפה כרמים**.⁹⁶ מאמר קצר זה אינו מאפשר ניתוח מלא של פסק הדין אשר בו פֶּרַשׁ בית המשפט העליון בצמצום את סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, אשר העניק הגנה לעסקה עם הממונה על הרכוש הממשלתי ביהודה ושומרון, אם העסקה נעשתה בתום לב. בית המשפט קבע כי תום הלב צריך להיות של הממונה על הרכוש כמו גם של הגורם שרכש זכויות קניין מהממונה (באותה פרשה, ההסתדרות הציונית העולמית). עוד קבע בית המשפט כי בנסיבות העניין שבהן היה לממונה חשד לגבי היקפי הבעלות הפרטית בשטח במצפה כרמים ולגבי תוקפם של צווי ההפקעה הרלוונטיים, לא יכול היה הממונה לטעון לתום לב לעניין סעיף 5.⁹⁷ הדין החוקתי בפסק הדין בנושא מצפה כרמים דל למדי. בית המשפט מבסס את זכות הקניין שם על סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, בלא להתייחס למקורות אחרים לזכות. יחד עם זאת, אנו מציעים להבין את ההחלטה להעניק פירוש מצמצם לסעיף 5 לצו על רקע חוסר השוויון המהותי שמצא פסק הדין בעניין חוק ההסדרה, ושהשופט חיות חוזרת עליו בעניין מצפה כרמים, בכל הנוגע למשטר הקצאת הקרקעות ביהודה ושומרון. חוסר שוויון זה מחייב לפרש פירוש מצומצם את הסעיף המעניק לממונה את היכולת לגבור למעשה על זכות הקניין הפרטי של התושבים הפלסטיניים באמצעות "מעין תקנת

⁹⁴ אין זו הפעם הראשונה שהשופט ג'ובראן מבקש ליישם את עקרון השוויון ביחס לזכויות הפלסטינים בשטחים. ניסיון קודם בכיוון זה, שלא זכה לתמיכה רחבה, עשה השופט ג'ובראן בעניין **קו לעובד**. ראו את פסק דינו של השופט ג'ובראן (דעת מיעוט לעניין זה) בעניין **קו לעובד**, לעיל ה"ש 13.

⁹⁵ כמובן, עמדה כזו יכולה גם להתפרש כתמיכה ב"סיפוח זוחל" של השטחים למדינת ישראל. נרחיב לגבי ביקורת זו בהמשך המאמר.

⁹⁶ עניין **מצפה כרמים**, לעיל ה"ש 87.

⁹⁷ שם, בפס' 44 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

שוק", ולהחריף אגב כך את אפליית התושבים הפלסטיניים בכל הקשור להקצאת מקרקעין.⁹⁸

כאמור לעיל, הדוגמה של הקצאת קרקעות אינה אלא אחת מהאפשרויות להחלה של עקרון השוויון על זכויות הפלסטינים. ניתוח מלא של הטיעונים ביחס לכל תחום מצוי מחוץ למסגרת מאמר זה. בעתירות לבית המשפט העליון בתחומים כמו הזכות לבריאות, לשירותי רווחה ועוד יאלץ בית המשפט לנתח האם אכן מדובר בשלילת זכויות הקשורה לתהליך הסיפוח הזוחל שתואר לעיל. כך למשל, סביר שתושבים פלסטיניים של שטח C, שבה ישראל שולטת שליטה מלאה, תהיה טענה חזקה יותר לשוויון מאשר לאלו הדרים בשטח A, המצוי לחלוטין בשליטת הרשות הפלסטינית.⁹⁹

⁹⁸ שימוש נוסף בטענת חוסר השוויון בהקשר של הקצאת קרקעות נעשה בעתירה נוספת שנדונה בימים אלו בפני בית המשפט העליון, בג"ץ 3303/20 צדקי מוחמד אבו כאמל נ' שר הביטחון (העתירה הוגשה ב-21.5.2020, לא פורסמה, עותק מהעתירה מצוי בידי הכותבים). העתירה הוגשה לבג"ץ על ידי תושבים פלסטיניים של בית לחם, כנגד משרדי ממשלה שונים וכנגד המועצה המקומית של ההתנחלות אפרת. בעתירה העותרים מבקשים לבטל החלטה המקצה שטח (א-נחלה או גבעת העיטם) המצוי בין בית לחם לבין אפרת לשם הקמת שכונה חדשה לעיר אפרת. בין השאר העותרים טוענים שם בעתירה כי 99.76% מאדמות המדינה שהוקצו על ידי ישראל בשטחים מאז 1967 הוקצו לשם הקמת התנחלויות ישראליות, בעוד שלפלסטינים הוקצו מאז 1,625 דונם בלבד, פחות מרבע אחוז. פערים אלו בהקצאת הקרקעות משקפים את פערי הכוחות שבין הישראלים לפלסטינים ביהודה ושומרון, ומעוררים טענה חזקה לכאורה של הפליה כנגד הפלסטינים.

⁹⁹ אתגר נוסף לבית המשפט יהיה בקביעת היקף הזכויות לאזרחות או לתושבות ישראלית המגיעות לתושבים הפלסטיניים. מטעמים שונים משלנו העלה אריאל צמח את האפשרות לתושבים הפלסטיניים של השטחים כבר קיימת הזכות לקבלת אזרחות ישראלית. Ariel Zemach, *The Emerging Right of West Bank Palestinians to Israeli Citizenship*, 42 U. PA. J. INT'L L. 271 (2020).

ה. ביקורות אפשריות על פסק הדין בעניין חוק ההסדרה

1. זניחת ההגנות הקשיחות על הכיבוש

ביקורת מרכזית אחת שניתן להעלות כנגד הגישה העולה מפסק הדין בעניין חוק ההסדרה היא כי בסופו של דבר אין די בהגנות הנטועות בזכויות האדם על מנת לספק הגנה אמיתית לתושבים הפלסטיניים בשטחים, וכי מטעם זה עדיף להיצמד להגנות המעטות, אך הקשיחות יותר, המצויות בדיני הכיבוש. באופן ספציפי יותר, הירידה במרכזיות ההגנות הניתנות על ידי המשפט הבינלאומי בשיח המשפטי בישראל מחלישה את עמדת היועצים המשפטיים של המדינה המנסים לרסן את המדיניות הממשלתית כך שלא תפגע באופן בלתי חוקי בזכויות הפלסטינים. הסתמכות על איסורים ספציפיים של דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי כהגבלה על אופן הפעלת הסמכות השלטונית שימשה בעבר כלי נוח בידי יועצים משפטיים במשרדי הממשלה, במנהל האזרחי ובצה"ל, כיוון שהדבר לא חייב אותם להתעמת עם הדרג הפוליטי סביב שאלת חוקיותם של אמצעים צבאיים או פעולות שלטוניות אחרות על בסיס עקרונות עמומים של סבירות ומידתיות. היות שדיני הכיבוש נוטים לקבוע כללים ברורים בדבר המותר והאסור, ולהתבסס פחות על מבחני איזון ועל עקרונות כלליים,¹⁰⁰ הם סייעו ליועצים המשפטיים להדוף לחצים פוליטיים. אין להתפלא על כן כי התגובה המיידית כמעט לפסק הדין בעניין זיאדה הייתה נסיגה של היועץ המשפטי לממשלה ואנשיו מהעמדות שבהן החזיקו לאורך שנים, מול לחצים פוליטיים כבדים, לגבי ההגבלות הגורפות על פגיעה בקרקע פרטית פלסטינית.¹⁰¹

עוקצה של טענה זו ניטל ככל שההגנה שבית המשפט העליון מעניק לדיני הכיבוש נחלשת. כפי שהראה למשל השופט ג'ובראן בעניין זיאדה, ההגנה מכוח דיני הכיבוש נחלשה במרוצת השנים.¹⁰² קשה יותר ליועצים המשפטיים לטעון כי "המשפט הבינלאומי אוסר" או "אינו מעניק סמכות" לבצע פעולה מסוימת, במיוחד אחרי שהתברר כי בית המשפט מוכן היה לאשר פעולות רבות מאוד שנראות כמנוגדות לפרשנות סבירה של המשפט הבינלאומי, החל מהפקעת קרקעות פרטיות לצורכי סלילת פסי רכבת ישראל,¹⁰³ דרך היתר לפעולתן של מחצבות ישראליות בשטחים,¹⁰⁴ וכלה בענישה קולקטיבית של משפחות מחבלים באמצעות הריסת בתיהם.¹⁰⁵ לכך יש

¹⁰⁰ Cohen, *Rules and Standard* לעיל ה"ש 68, בעמ' 41.

¹⁰¹ יותם ברגר "מנדלבלטי סולל דרך להכשרת 13 מאחזים בלתי חוקיים בגדה" הארץ 18.11.2017.

¹⁰² בעניין זיאדה, לעיל ה"ש 70, החיר למעשה השופט ג'ובראן למדינה לנקוט שורה ארוכה של אמצעים כגון איחוד וחלוקה של קרקעות של נכסי נפקדים, מכוח דיני הכיבוש.

¹⁰³ בג"ץ 281/11 ראש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון (נבו 06.09.2011).

¹⁰⁴ עניין נעלה, לעיל ה"ש 40.

¹⁰⁵ למשל בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון (נבו 31.12.2014).

לצרף את העובדה כי השנים האחרונות מדגישות כי אין סנקציה בינלאומית של ממש בגין הפרות של המשפט הבינלאומי, וזאת על רקע היחלשות מוסדות המשפט הבינלאומי, במיוחד מאז עלייתם לשלטון של מנהיגים פופוליסטיים בכמה מדינות מפתח, ובראשם נשיא ארצות הברית דונלד טראמפ. מנהיגים אלה רואים בהתנגדות למשפט הבינלאומי אחד מעקרונות היסוד של משנתם, ועושים ככל יכולתם להחליש את מנגנוני האכיפה הגלובליים הפועלים במסגרתו.¹⁰⁶ ייתכן כי בנושא זה מתרחש בתקופה האחרונה שינוי כאשר המוסדות הבינלאומיים שבים ומתחזקים בעקבות בחירתו של ג'ו ביידן לנשיא ארצות הברית, ושינויי המדיניות הנובעים מכך.¹⁰⁷

2. ההתרחקות מהשיח המקובל במשפט הבינלאומי

בעיה נוספת הטמונה בהעברת המוקד המשפטי מדיני הכיבוש אל דיני זכויות האדם, באמצעות דיונים המבוססים על המשפט החוקתי הישראלי, היא ההתרחקות של הדיון הנערך בבתי המשפט בתיקי שטחים מהשיח המקובל לגבי הנושא במשפט הבינלאומי. חשוב להעיר בהקשר זה כי הדיון בזכויות הפלסטינים בשטחים על פי דיני זכויות האדם יכול, בעיקרון, לדור בכפיפה אחת עם עמדת המשפט הבינלאומי, שכן הדוקטרינה המודרנית של "תחולה מקבילה" של דיני הכיבוש ושל דיני זכויות האדם מאפשרת דיון מקביל בשתי הסוגיות.¹⁰⁸ אכן, בית הדין הבינלאומי בהאג בחוות דעתו בעניין החוקיות של מכשול ההפרדה בשטחים התייחס במקביל לדיני הכיבוש ולדיני זכויות האדם.¹⁰⁹ אך מהלכי השינוי המשפטיים שתיארנו ברשימה זו חורגים במידה רבה מעבר לדיון ב"תחולה מקבילה" של שני הדינים. בפועל, משמעותם היא שבית המשפט פוסע בעקבות הפוליטיקה הישראלית ומחיל את המשפט הישראלי החוקתי על הנעשה בשטחים, אף ללא "פעולת סיפוח" פורמלית המכפיפה אותם לדין הישראלי הפנימי.¹¹⁰ מהלך זה משקף פער הולך וגדל בין התפיסה המשפטית הישראלית לגבי

Harold Hongju Koh, *The Trump Administration and International Law*, 56 WASHBURN L. J. 106

413 (2017); Karen J. Alter, *The Future of International Law in an Age of Trump*, BERLIN J., <https://www.americanacademy.de/future-international-law-age-trump/> (Nov. 8, 2017)

לתיאור של השינוי שממשל ביידן מוביל ביחס למשפט הבינלאומי, והתוצאות הנובעות מכך למדינת ישראל, ראו: עמיחי כהן ויובל שני, **ממשל טראמפ לממשל ביידן** (2021).

Lubell, לעיל ה"ש 66; Shany and Ben-Naftali, לעיל ה"ש 2. 108

חוות הדעת בעניין הגדר, לעיל ה"ש 14, בפס' 86–113. 109

לביקורת על החלה זו ועל המשמעות שלה על הזכות להגדרה עצמית של העם הפלסטיני ראו מאמרה של סוהאד בשארה, "על החלה הקולוניאלית ההתיישבותית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בפסק דין חוק ההסדרה", בגיליון זה. 110

מעמד השטחים לבין התפיסה המקובלת לגבי מעמדם בקרב מוסדות משפטיים ופוליטיים בינלאומיים.

הקשר אחר שבו נתגלע בשנים האחרונות פער בתפיסה בעניין מעמדם של השטחים הינו הוויכוח שהתגלע בין ישראל לבין חלקים בקהילה הבינלאומית בעניין מעמדה של רצועת עזה. שורה של ארגונים בינלאומיים הביעו דעה שעל פיה גם לאחר "ההתנתקות" מרצועת עזה ישראל ממשיכה להיות הכוח הכובש ברצועת עזה, לכל הפחות ביחס לנושאים מסוימים ("כיבוש פונקציונלי").¹¹¹ ישראל הרשמית דחתה עמדה זו במפורש והודיעה כי לאחר נסיגתה משטח רצועת עזה היא חדלה להיות אחראית לנעשה בשטח זה. בית המשפט העליון קיבל את העמדה הזו, וקבע כי ישראל חדלה להיות הכוח הכובש ברצועת עזה.¹¹² הגם שעמדתה של ישראל נראית לנו מוצדקת בעיקרה מבחינה משפטית,¹¹³ הרי שכאמור אין היא מקובלת כלל בעולם.

אך בעוד שלגבי רצועת עזה ניתן לומר כי קיימת מחלוקת בין שתי עמדות שמצטיירות כלגיטימיות וכתמכות בטיעונים משפטיים כבדי משקל, הרי שלגבי יהודה ושומרון המצב שונה לחלוטין. העמדה שניתן להגדיר כעמדת הקונצנזוס הבינלאומי (שרק ארצות הברית תחת ממשל טראמפ חרגה ממנה) היא כי ישראל מהווה כוח כובש ביהודה ושומרון. כתוצאה מכך חלות עליה חובותיו המשפטיות של הכוח הכובש, ובעיקר חל עליה האיסור לספח את השטח. עמדה זו עומדת בבסיס התמיכה הבינלאומית הרחבה בקביעה כי ההתנחלויות מהוות הפרה חמורה של המשפט הבינלאומי, וגם בבסיס ההתנגדות בקרב מדינות רבות לכל סיפוח עתידי ישראלי של השטחים, כולם או חלקם, בלא הסכמה של הפלסטינים. על רקע זה ניתן לומר כי המציאות של סיפוח זוחל של השטחים הולכת ומתרחקת מהתפיסה הבינלאומית של המצב המשפטי החל עליהם. גם הפסיקות של בית המשפט, למרות ההגנה החוקתית שהן מעניקות לפלסטינים, הולכות ומתרחקות מהתפיסה הבינלאומית של המצב בשטחים: מדיון במצב המשפטי בשטחים לפי דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי, כפי שהקהילה הבינלאומית הייתה מצפה, הדיון הופך להיות דיון במשפט חוקתי לאומי.¹¹⁴

ניתן להניח כי התרחקות זו של בית המשפט מהמשפט הבינלאומי אינה נובעת רק משינויים בתפיסת מודל השליטה הישראלית בשטחים, אלא קשורה גם לתהליכים

¹¹¹ Gross, *The Writing on the Wall*, לעיל ה"ש 67.

¹¹² בג"ץ 9132/07 אלכסיוני אחמד נ' ראש הממשלה, בפס' 12 לפסק דינה של הנשיאה בדימוס ביניש (נבו) 30.01.2008.

¹¹³ Yuval Shany, *Faraway, So Close: The Legal Status of Gaza After Israel's Disengagement*, 8 YEARBOOK OF INT'L HUMANITARIAN L. 369, 381–383 (2005).

¹¹⁴ Tamar Hostovsky Brandes, *International Law in Domestic Courts in an Era of Populism*, 17 ICON 576, 584 (2019).

רחבים יותר של עליית התנועה הפופוליסטית, המביאים בתי משפט ברחבי העולם לנקוט גישה "לאומית" יותר ולהסתמך פחות על המשפט הבינלאומי במגוון של נושאים.¹¹⁵ אך ביחס לשטחים התופעה מובהקת יותר, שכן היא משקפת התנגשות חזיתית בין הפרדיגמה המשפטית המקובלת בעולם לבין הדרישה הפוליטית העולה בישראל לטשטוש מוחלט של "הקו הירוק". הפער שנוצר בין גישת בית המשפט העליון לתיקי שטחים לבין התפיסה הבינלאומית על אודות מעמד השטח הינו בעל משמעות מיוחדת לאור העובדה שבתקופה הקרובה עשויה מדינת ישראל להיקלע לדיון ביחס לשאלת חוקיות בניית ההתנחלויות בפני בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC), זאת לאחר שהתובעת של בית הדין החליטה לפתוח בחקירה לגבי פשעים בינלאומיים שבוצעו לכאורה בשטחים, לרבות העברת אוכלוסייה לשטח כבוש.

ההתרחקות הזו בין המשפט הבינלאומי והמשפט הישראלי בעייתית עבור מוסדות שיפוטיים ישראליים ובינלאומיים כאחד. ראשית, אם אכן פסיקותיו של בית המשפט העליון מבוססות על ההבנה שלפיה חלק מהשטחים הופכים לחלק ממדינת ישראל, המשמעות היא כי בית המשפט העליון מעורב, בעקיפין לפחות, בפעולה המהווה הפרה של המשפט הבינלאומי. למותר לציין כי מעורבות כזו של בית המשפט העליון בהפרות של המשפט הבינלאומי אינה רצויה.

שנית, ההסתמכות של בית המשפט הישראלי על משפט ישראלי, שנראית במבט ראשון הגיונית, עלולה להביא בטווח הארוך לפגיעה משמעותית בכוחו של בית המשפט, שכן חלק מכוחו הפוליטי של בית המשפט העליון, והסבר מרכזי לכך שהמערכת הפוליטית מוכנה לקבל עליה מגבלות המוטלות על ידי בית המשפט בתיקי שטחים, הוא החשש מפני תגובה בינלאומית עוינת לסירוב שלה לעשות כן. בית המשפט העליון של ישראל, המיישם את המשפט הבינלאומי, גם אם לא בדיוק לפי עמדת הקונצנזוס הבינלאומית, מייצר לגיטימציה מסוימת למדיניות הישראלית, ובלי ה"שכפ"צ המשפטי" שהוא מעניק לישראל היא תהיה חשופה לביקורת נוקבת יותר. בפועל, בית המשפט העליון, כמו גם בתי משפט עליונים במקומות אחרים בעולם, משתמש במשפט הבינלאומי גם על מנת לחזק את מעמדו ויכולת השפעתו מול הרשויות האחרות,¹¹⁶ וויתור על הישענות על המשפט הבינלאומי בפסיקותיו עלול להחליש את מעמדו של בית המשפט העליון ולגרום לכך שהמערכת הפוליטית תהיה סובלנית אפילו עוד פחות למגבלות שהפסיקה מטילה עליה.

ההתרחקות בין המשפט הישראלי למשפט הבינלאומי בעייתית מסיבה נוספת, שלשית במספר, והיא הפער או הדיסוננס שנוצר בין התפיסה של הציבור, כולל הציבור המשפטי בישראל, לבין העמדות של הקהילה הבינלאומית. למעשה, המוסדות הבינלאומיים וישראל מדברים ב"שפות משפטיות" שונות לחלוטין בכל הנוגע

115 שם, עמ' 585.

116 Eyal Benvenisti, *Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts* 102 AJIL (2008).

למציאות בשטחים. כך למשל, הרעיון שלפיו ההתנחלויות מהוות פשע מלחמה שלגביו יכול להיות שישראלים כלשהם יצטרכו לתת את הדין נשמע לאוון הישראלית הממוצעת מופרך. התוצאה היא חיזוק של מגמה הניכרת ממילא בישראל, כמו גם בדמוקרטיה אחרות, של דחייה מוחלטת של המשפט הבינלאומי כמשפט מוטה, שלא לומר אנטישמי.¹¹⁷ ההשלכה של מגמה זו היא עלייה על מסלול התנגשות בין ישראל לקהילה הבינלאומית העלול להוביל לפגיעה במעמדה ובדימויה בחלקים מסוימים של העולם.

יש לציין, לבסוף, כי מהלך כזה של ניתוק בין המשפט הבינלאומי לנרטיב הלאומי מזיק מאוד לא רק לאינטרסים של מדינת ישראל, אלא גם לשלטון החוק ברמה הבינלאומית. כוח השפעתו של המשפט הבינלאומי אינו מבוסס על יכולת חזקה לכפייה של הוראותיו. למעט במקרים מצומצמים יחסית, הקהילה הבינלאומית אינה משתמשת בסנקציות כופות על מנת לכפות כללים ועקרונות משפטיים על מדינות. חלק ניכר מכוחו של המשפט הבינלאומי נובע מהלגיטימציה המוענקת לו על ידי מוסדות מדינתיים, ולריחוק בין המשפט הבינלאומי לבין האופן שבו מערכות משפט מדינתיות תופסות את המציאות עלולות להיות השפעות רחב משמעותיות על היחס של מדינות כמו ישראל למשפט הבינלאומי בשורה ארוכה של תחומים. כך למשל השמירה על דיני הלחימה, כמו עקרונות ההבחנה והמידתיות, זקוקה למערכות משפט פנימיות שתאכופנה את דיני המשפט הבינלאומי. העדר הכרה בחשיבותו של המשפט הבינלאומי, ובלגיטימיות שלו, יקשה מאוד על אכיפתו.¹¹⁸

האם הביקורות שהובאו לעיל מצדיקות התנגדות להתפתחויות בפסיקתו של בית המשפט העליון באשר לתחולת דיני זכויות האדם בשטחים? עמדתנו לגבי שאלה זו מורכבת, ואנו מבקשים לחלק את הדיון בה לשתי רמות. ברמת המשפט הבינלאומי – ברור כי תהליך הסיפוח הזוחל בעייתי ביותר. לפיכך ניתן לתקוף כל מעורבות בו של כל רשות מרשויות השלטון בישראל. הדרך לסיום מצב בעייתי זה שנויה במחלוקת עזה בישראל, ודיון נרחב בדרכים המשפטיות לסיום הכיבוש חורג ממאמר זה.

יחד עם זאת, טיעון משפטי אינו יכול להתעלם כליל מהמציאות בשטח, ואנו סבורים כי יש להעריך את הפסיקה כניסיון מצד בית המשפט העליון להתאים את

¹¹⁷ ראו למשל סוזי דים "להסיר את מסכות המשפט הבינלאומי" השילוח 18 19 (2020).

¹¹⁸ על חשיבות הלגיטימציה הפנימית לאכיפתו של המשפט הבינלאומי ראו באופן כללי: THOMAS FRANCK, THE POWER OF LEGITIMACY AMONG NATIONS (1990); Harold H. Koh, *Why Do Nations Obey International Law?* YALE L.J. 2599 (1997). לניתוח של תפקיד עורכי הדין של הפרקליטות הצבאית בתהליך הלגיטימציה של דיני הלחימה בישראל ראו: Amichai Cohen, *Legal Operational Advice in the Israeli Defense Forces: The International Law Department and the Changing Nature of International Humanitarian Law*, 26 CONN. J. INT'L L. 367 (2011).

המסגרת המשפטית החלה אל המציאות בשטח. הכיבוש לא הסתיים, אך הניסיון להפעיל את דיני הכיבוש מהמשפט הבינלאומי על מציאות שאינה מתאימה להם הובילה להחלה של משטר לא שוויוני באופן קיצוני בשטחים, תוך התעלמות מוחלטת מעקרון השוויון.¹¹⁹ המציאות שנוצרה הינה לא שוויונית עד כדי כך שבשנים האחרונות עולים קולות המכנים משטר זה משטר של אפרטהייד.¹²⁰ הואיל והיחלשות המסגרת של דיני הכיבוש הינה בגדר מעשה עשוי, אנו רואים תועלת מוגבלת במאבק לחיזוק אותה המסגרת באמצעות פסיקות של בית המשפט שתחזרנה את גלגל הזמן לאחור, הן בהינתן הפער הגדל והולך בין הדין למציאות בשטח, והן משום שהמוסדות הפוליטיים בישראל נכונים כיום להתעלם ממגבלות המשפט הבינלאומי. כפי שראינו בפרשת חקיקת חוק ההסדרה, הקואליציה בכנסת הייתה מוכנה לחוקק חוק שמטרתו לקעקע את פסיקות בית המשפט העליון, המבוססת על המשפט הבינלאומי, בנושא הפקעת קרקע פרטית לצורכי התיישבות ישראלים.¹²¹ הואיל ועל פי המשפט הנוהג בישראל, חקיקה הסותרת מפורשות משפט בינלאומי גוברת עליו, אין היגיון מעשי רב בהישענות אך ורק על המגבלות המוטלות מכוח המשפט הבינלאומי על הפעלת כוח שלטוני בשטחים. ככל שהמשפט החוקתי מספק הגנה אפקטיבית יותר לזכויות התושבים הפלסטיניים, גם בפני חקיקה הפוגעת בהם, הרי שיש טעם בניסיון של בית המשפט למצוא דרך לספק הגנה כזו. בכפוף להערתנו הכללית בדבר הבעייתיות של מעורבות בית המשפט בתהליך הסיפוח הזוחל, אנו סבורים כי יש בפסיקה החדשה פוטנציאל להתמודד עם אי השוויון המובנה ביחסים בין האוכלוסיות הדרות בשטחים.

¹¹⁹ יהודה שלטון אחד, לעיל ה"ש 27.

¹²⁰ מיכאל ספרד הכיבוש הישראלי בגדה המערבית ופשע האפרטהייד: חוות דעת משפטית (2020).

¹²¹ חוק ההסדרה עבר בכנסת בקריאה שנייה ושלישית ביום 06.02.2017. לניתוח החוק והיחס בינו לבין המשפט הבינלאומי ראו כהן "דין עמונה", לעיל ה"ש 21, בעמ' 22–31.

סיכום

כבר מראשית ימי השליטה הישראלית בשטחים הייתה התפיסה המשפטית שאומצה מלווה בעמימות לגבי מעמדם של השטחים. תפיסתו של מאיר שמגר בדבר ההגדרה של השטחים כ"שטח מוחזק" או כ"שטח מנוהל" שמירה את האפשרות לתבוע ריבונות ישראלית עליהם, אך גם אפשרה את החלתם של חלקים מדיני התפיסה הלוחמתית (או דיני הכיבוש) ביחס אליהם.¹²² כל עוד העדיפה ישראל להותיר את תביעות הריבונות שלה כתביעות מופשטות ועתידיות, יכול היה בית המשפט לנווט בין ההחלה הפורמלית של דיני הכיבוש לבין המציאות בשטח שבה הלכה מדינת ישראל והפכה חלקים מהשטחים לחלק בלתי נפרד ממנה.

אך מצב העמימות אינו אפשרי עוד. חלקים ניכרים מהשטחים סופחו למעשה למדינת ישראל בשנים האחרונות באמצעות שורה של פעולות משפטיות ופוליטיות, ואין הברל של ממש בין חייהם של התושבים הישראליים בשטחים אלו לבין חייהם בישראל. בשנה האחרונה אף ראינו ביטוי פורמלי למגמה זו, כאשר ראש הממשלה לשעבר, נתניהו, הצהיר בפירוש על תוכניתו להחלת הריבונות הישראלית על חלקים ניכרים מיהודה ושומרון (או סיפוח).¹²³ עמדה זו אף זכתה לתמיכה בינלאומית מסוימת ב"תוכנית המאה" שפורסמה על ידי נשיא ארצות הברית טראמפ.¹²⁴ גם אם הסיפוח הפורמלי לא יצא אל הפועל בשנים הקרובות, הרי שהסיפוח דה פקטו בשטח מתקדם מאוד, ותוצאותיו הינן אולי בלתי הפיכות.

בית המשפט אינו יכול להישאר שווה נפש אל מול שינויים אלו. פסיקתו של בית המשפט, בעיקר בעניין ביטול חוק ההסדרה, מבטאת הכרה משתמעת בכך שהסיפוח כבר כאן, וכי על השלטונות והמתיישבים הישראליים לפעול על פי הכללים המקובלים בישראל, במיוחד בכל הקשור לשמירה על זכויות האדם, ולהחלת עקרון השוויון כלפי האוכלוסייה הפלסטינית. עמדה זו מחייבת את ממשלת ישראל, כמו גם את המתיישבים

122 Yuval Shany, *Rule of Law de jure and/or de facto?: Shamgar and the International Law of Belligerent Occupation*, in STRENGTHENING HUMAN RIGHTS PROTECTIONS IN GENEVA, ISRAEL, THE WEST BANK AND BEYOND (David, Ronen, Shany and Weiler eds., forthcoming 2021); Hebrew University of Jerusalem Legal Research Paper No. 20–31, .Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3691504> (April 11, 2020)

123 מורן אזולאי ואלי שע בן קימון "ה'הצהרה הדרמטית' של נתניהו: אם אבחר אספה את בקעת הירדן וצפון ים המלח" *ynet* (10.09.2019) <https://www.ynet.co.il/articles/0.7340.L-5585816.00.html>

124 The White House, *Peace to Prosperity* (January 2020), <https://trumpwhitehouse.archives.gov/peacetoprosperty/>

הישראליים, לבחור בין שתי אפשרויות: האחת היא לקבל על עצמם את המגבלות הנובעות מכך שאותם חלקים של השטחים שבהם הוקמו ההתנחלויות הפכו למעשה, גם אם לא לחלוטין להלכה, לחלק ממדינת ישראל. פעולות האסורות בישראל תהיינה מעתה גם אסורות בשטחים, ועידן "המערב הפרוע" של השטחים שבו ההתייחסות אליהם הייתה כאל שטחי ספך חסרי חוק הגיעה לכלל סיום.

האפשרות השנייה היא השלמה עם המשך האפליה של הפלסטינים, אף אלו המתגוררים בתוך שטחי C. עמדה זו בוטאה למשל על ידי אלו שביקשו במסגרת תוכנית טראמפ לספח שטחים מבלי לתת אזרחות לתושבים הפלסטיניים הגרים בהם, או תוך כדי יצירת מובלעות פלסטיניות בעומק השטח הישראלי. עמדה זו מסכנת את אחד העקרונות המרכזיים שהדמוקרטיה הישראלית מחויבת להם, לפחות ברמה ההצהרתית – השוויון בין תושבי המדינה. משימתו של בית המשפט העליון בהקשר זה היא לדאוג לכך שאם תבחר מדינת ישראל להמשיך ולספח חלקים מיהודה ושומרון היא תיאלץ להתאים את התנהלותה בשטחים לעקרונות בסיסיים של משפט ישראלי, ובראשם הבטחת הזכות לשוויון של התושבים הפלסטיניים הנמצאים בשטחים אלו.